This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

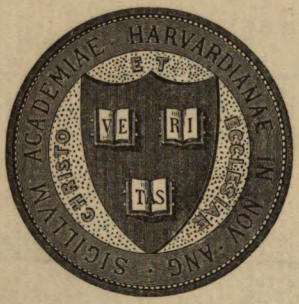
+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 097 731 830

SA



HARVARD LAW LIBRARY

Received May 10. 1927

Digitized by Google

FRANCE

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

PROPERTY OF HARVARD LAW LIBRARY

PREMIÈRE ET SECONDE ANNÉES

DE

DROIT ROMAIN

PAR

FERNAND BERNARD

DOCTEUR EN DROIT

ANCIEN MAGISTRAT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Troisième édition refondue et corrigée

CONTENANT

les matières des examens de première et de seconde années et du premier examen de doctorat (sciences juridiques)

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, rue Soufflot, PARIS, 5e Arrdt

L. LAROSE et L. TENIN, Directeurs

1908

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

PREMIÈRE ET SECONDE ANNÉES

DE

DROIT ROMAIN

Digitized by Google

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE

BAR-LE-DUC

Digitized by Google

PREMIÈRE ET SECONDE ANNÉES

DE

DROIT ROMAIN

PAR

FERNAND BERNARD

DOCTEUR EN DROIT

ANCIEN MAGISTRAT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

3e ed.

Troisième édition refondue et corrigée

CONTENANT

les matières des examens de première et de seconde années et du premier examen de doctorat (sciences juridiques)

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, rue Soufflot, PARIS, 5e Arrdt

L. LAROSE et L. TENIN, Directeurs

1908

Digitized by Google

For TX
B519 dw
Ed 3

MAY 10 1927

Digitized by Google

LA PREMIÈRE ANNÉE

DE

DROIT ROMAIN

LIVRE I

HISTOIRE DU DROIT ROMAIN

DIVISION

---

1. — **Périodes de l'histoire du droit romain :** On a donné plusieurs divisions, d'ailleurs assez voisines les unes des autres, de l'histoire du droit romain. La plus répandue et la mieux fondée est celle qui distingue :

1° Une période légendaire (des origines de Rome à la loi des XII Tables (754 av. J.-C.-305 de R.).

2° Une période historique républicaine (de la loi des XII Tables au principat d'Auguste (305-727 de R.).

3° La première période du principat ou période

Digitized by Google

de *dyarchie* (d'Auguste à Dioclétien) (727 de R. à 284 ap. J.-C.).

4° La seconde période du principat, ou période de *monarchie vraie* (de Dioclétien à la chute de l'empire d'Occident (284-476 ap. J.-C.).

5° La période Byzantine ou du Bas-Empire, qui ne prend fin qu'à la chute de Constantinople aux mains des Turcs en 1453.

Digitized by Google

TITRE I

Ire PÉRIODE. — ÉPOQUE LÉGENDAIRE

CHAPITRE I

La cité patricienne.

---

2. — **Origines de Rome :** Les Romains célèbrent chaque année le 19 avril l'anniversaire de la fondation de leur ville que la tradition place, avec précision, en l'année 754 avant J.-C. Cette date est purement légendaire : ce qui certain c'est qu'une bourgade fortifiée du nom de Rome s'élevait dès le milieu du VIIIe siècle avant J.-C., sur le Palatin et qu'on en attribuait la fondation à un chef du nom de Romulus. La population originaire de cette bourgade fut grossie d'abord par une fusion avec une peuplade voisine, de race sabellique, fixée sur le Quirinal, puis par une immigration d'Étrusques conduits par un *lucumon* ou prince de leur pays. — Cette origine tripartite expliquerait la division des anciens Romains en trois tribus : les *Ramnenses*, compagnons de Romulus, les *Titienses* (guerriers Sabins de Tatius), les *Luceres* (sujets ou compagnons du lucumon étrusque)[1]. — Ce sont

1 Varron. *de ling. lat.* 5. 55. — Cicéron, *de repub.*, 2. 8. — Festus, *de verb. signif.*, vis *Luceres* et *Tatienses*.

Digitized by Google

là les trois *tribus ethniques* qu'il ne faut pas confondre avec les tribus (quartiers de Rome) dont il sera question quand nous étudierons le vote des lois et les comices par tribus.

3. — **La cité patricienne :** Les trois tribus se divisaient chacune en curies, les curies en décuries, les décuries en *gentes*. — « Chez les Aryens la *gens* est l'unité sociale primitive. C'est une institution naturelle qui repose sur la parenté. Elle comprend l'ensemble des personnes qui se rattachent à un ancêtre commun. Le mot *gens* comme les mots *gignere* et *genitor* implique l'idée de procréation [1] ».

« Ce sont les membres des *gentes* qui formaient le patriciat. D'après la tradition, Rome comptait à l'origine cent familles dont les chefs (*patres*) formaient le sénat de Romulus. Tout sénateur était donc *pater*, tout fils de sénateur *patricius* ».

4. — Les *patricii*, quand moururent les premiers chefs des *gentes*, les compagnons même de Romulus, devinrent à leur tour les chefs d'agglomérations plus restreintes, subdivisions de la *gens* primitive, rattachées entre elles par la communauté du nom *gentilice* et des sacrifices domestiques, et que l'on appela *familiæ*.

5. — **Quirites :** Le nom si connu de *quirites* s'applique alors aux seuls *patricii*. Les auteurs varient sur l'origine et le sens primitif de cette appellation. Varron la fait dériver du mot *quiris* qui désigne, dit-il, la lance sabine, mais il n'est rien de plus fantaisiste que les étymologies données par les auteurs romains. Le mot *quirites* pourrait bien

1 Cuq, *Institutions*, p. 30-31.

Digitized by Google

signifier tout simplement « membres des curies[1] ».

6. — **La famille patricienne :** La constitution intime de la société romaine nous montre les chefs de famille exerçant, autour d'eux, sous diverses formes, une puissance presque absolue sur tous ceux qui les entourent, *dominium* sur les esclaves, *manus* sur la femme, *patria potestas* sur les enfants. Il n'y a guère que le nom qui change, car sur les uns et les autres le *paterfamilias* a le droit de vie et de mort. Telle nous apparaît avec sa constitution patriarcale la *familia romana* marquée, dès le début, du sceau de ce caractère de concentration puissante qu'elle conservera à travers les âges.

7. — Toutefois dans les cas les plus graves, le chef de famille tient conseil avec ses proches, mais n'est pas obligé de suivre l'avis qu'il a provoqué.

8. — **Les clients :** Sur l'origine et la nature de la clientèle on a plus de déclamations que de documents sérieux. Que Virgile nous montre, dans le Tartare, la même peine infligée au fils qui a frappé son père et au patron qui a trompé son client,

« Pulsatusve parens et fraus innexa clienti ».

Nous n'en sommes pour cela guère mieux renseignés.

« Les clients, dit M. Cuq, sont, de père en fils, sous la dépendance d'un ou de plusieurs membres de la *gens*..... Ils sont libres, mais ils ne sont pas citoyens ; ils participent à la vie de la *gens* sans participer à celle de la cité. — Pour le client la cité n'existe pas : l'État ne s'occupe pas de lui[2] ».

1 Cuq, *Institutions*, p. 102.
2 Cuq, *Ibid.*, p. 33.

Digitized by Google

9. — Comment s'est formé le lien qui unit le client à son patron et à la *gens* de celui-ci? de deux façons très probablement : 1° Le client est un affranchi ou le descendant d'un affranchi; 2° Les vaincus auxquels on a laissé la liberté et que l'on a transportés à Rome ont été placés sous la surveillance, l'autorité et la protection d'un chef de famille patricien qui a pris vis-à-vis d'eux, le titre de patron[1].

10. — **Organisation de l'État. — La royauté; le Sénat.** — L'État est organisé sur le modèle de la famille : à la tête de l'État, le roi, *rex :* la royauté n'est pas héréditaire mais viagère. A chaque vacance du trône on nomme un *interrex* et le nouveau souverain est désigné par l'assemblée du peuple (*comitium*) sur la proposition de l'*interrex* ou peut-être par *l'interrex* lui-même[2].

11. — De même que le père de famille réunit, dans les grandes circonstances, un conseil de famille, de même le roi, chef de l'armée, souverain juge, grand pontife, a auprès de lui un *Sénat* qui l'assiste de ses conseils, qu'il consulte, mais dont il n'est pas obligé de suivre les avis.

12. — **Les comices curiates :** A ces deux rouages de gouvernement, le roi et le Sénat, il faut en ajouter un troisième; *l'assemblée des patriciens* (le *comitium*). Le *comitium* est formé des trois tribus (*Rhamnenses, Titienses, Luceres*); chaque tribu se divise en 10 curies, d'où 30 curies en tout.

Lorsqu'il s'agit de voter une mesure, chaque

1 Cuq, *Institutions*, p. 33.

2 Sulla, quand il voulut se faire élever à la dictature, ressuscita cette vieille pratique; il fit nommer un *interrex* (Valerius Flaccus) qui proposa au Sénat la nomination d'un dictateur et le choix de Sulla.

Digitized by Google

curie se réunit à part et le vote de la majorité de ses membres donne le suffrage de la curie. En réunissant les suffrages des curies, on obtient le vote du *comitium*.

Les clients ne votent pas dans les comices par curies. Les patriciens seuls constituent ce que nous appellerions aujourd'hui « le pays légal ».

13. — Mais que faisait-on voter à ces curies? Existait-il des lois votées par les curies à l'époque royale? Pomponius cite un certain nombre de *leges regiæ* soi-disant votées par les curies : celles qu'il cite sont des règlements religieux visant des points sur lesquels il est constant que les curies n'étaient pas consultées[1].

Les XII Tables n'ont été rédigées que parce que le peuple se plaignait de n'avoir pas de lois écrites; ces plaintes n'auraient pas eu de raison d'être, s'il avait existé sous la royauté autre chose qu'une législation coutumière. — Les *leges regiæ* semblent donc appartenir à la légende et le recueil connu sous le nom de Jus Papirianum (*Jous Papeisianom*, prétendu recueil de *leges regiæ*) ne serait qu'une compilation de documents apocryphes parue dans les derniers temps de la République?

14. — Mais, s'il en est ainsi, à quoi servaient les comices curiates? Ils intervenaient, suivant M. Girard, pour voter des mesures d'ordre concret, pour sanctionner, par exemple, l'adoption ou le testament; mais il ne paraît pas qu'ils aient jamais eu à consacrer par leur suffrage une mesure d'ordre général[2].

1 Cuq, 56-57. — Girard, *Manuel*, p. 15.
2 Girard, *Manuel*, p. 15.

Digitized by Google

15. — M. Cuq admet cependant la possibilité de l'existence de lois curiates en matière criminelle, et en voit la trace dans le récit du procès d'Horace de Tite-Live : il suppose aussi que le *jus quiritium* (droit *patricien,* suivant M. Cuq), a été établi par une loi curiate. Cela n'a rien d'inconciliable avec les réclamations de la *plèbe* se plaignant, avant la rédaction des XII Tables, de n'avoir pas de lois écrites[1].

CHAPITRE II

La cité patricio-plébéienne.

SECTION I

La fin de l'époque royale.

16. — **La plèbe :** Les plébéiens n'apparaissent que dans le second âge de Rome. Les origines de la plèbe (πληθος, foule) sont assez problématiques : on suppose qu'elle s'est recrutée parmi les populations vaincues non réduites en esclavage, ou parmi les clients qui se trouvaient sans patron par suite du décès sans postérité du patron qu'ils s'étaient choisi, s'ils avaient été réduits à la dépendance par la conquête de leur patrie, ou qui leur avait été imposé par la coutume, si leur dépendance remontait à l'esclavage de leur auteur[2].

1 Cuq, *Institutions*, p. 42 et s.
2 Cuq, *Ibid.*, p. 60.

Digitized by Google

17. — **Le cens :** L'institution qui éveilla les plébéiens, devenus de plus en plus nombreux, à la vie publique, est celle du *cens* ou recensement que l'on attribue au roi Servius Tullius : le cens avait pour but le dénombrement de l'armée et des contribuables ; mais, comme les Romains ne séparaient pas l'idée du service militaire et celle de la participation aux affaires publiques, il s'ensuit que toute la population dénombrée en vue de l'impôt et du service militaire devient le pays légal représenté seulement autrefois par les *gentes* patriciennes ; c'est la substitution des comices par centuries (*comitia centuriata*) aux comices par curies.

18. — **Les comices centuriates :** L'économie du vote par centuries est facile à comprendre :

Tous les *citoyens*, patriciens et plébéiens, sont inscrits sur le registre du cens et divisés en cinq classes qui se subdivisent elles-mêmes en centuries.

Les cinq classes de la population comprenaient :

1° La première : les individus possédant plus de 100.000 as.

2° La deuxième : ceux qui possédaient 75.000 as ;

3° La troisième : ceux qui possédaient 50.000 as ;

4° La quatrième : ceux qui possédaient 25.000 as ;

5° La cinquième : ceux qui possédaient 11.000 ou 12.500 as ; le chiffre varie suivant les historiens.

(Dans tous les cas, si le cens remonte à Servius Tullius, la base du classement a été nécessairement remaniée par la suite, puisque le règne de Servius Tullius est de beaucoup antérieur à l'usage de la monnaie chez les Romains)[1].

1 Girard, *Manuel*, p. 16, note 1.

Digitized by Google

19. — Les cinq classes ne correspondaient qu'au dénombrement de l'infanterie et se complétaient par 18 centuries de cavaliers.

Les classes se subdivisaient en cénturies en nombre très inégal pour chaque classe. La première en comptait à elle seule, 80.

20. — Le nombre total des centuries était de 193.

Tandis que les comices par curies se réunissaient au *comitium* (sur le *forum*), les comices par centuries étaient convoqués au Champ-de-Mars. Les suffrages étaient portés par centuries.

Pour peu que les 18 centuries de cavaliers votassent avec la première classe composée de 80 centuries (ce qui donne 98 suffrages), la majorité était immédiatement acquise, car, le nombre total des centuries étant de 193, il suffit de 97 suffrages pour faire pencher la balance.

21. — L'introduction des comices centuriates substitua l'influence de la fortune à celle de la naissance : mais l'existence de lois votées par les centuries avant les XII Tables est un problème aussi ardu que celui de l'existence des lois curiates et soulève les mêmes objections.

SECTION II

Les débuts de la République.

22. — **Révolution de 244 de R. (510 av. J.-C.)** : En 510 avant Jésus-Christ, il se produit dans l'histoire romaine une crise qui transforme la constitution. Au chef viager (roi) sont substi-

Digitized by Google

tués deux chefs annaux (consuls) élus par le peuple.

Il y a là un changement plus grave en réalité qu'en apparence. Le Sénat, nommé par les consuls comme il l'était auparavant par le roi, survit aux consuls qui ont des comptes à lui rendre.

De plus, le roi était unique : il y a deux consuls et ce qu'a fait l'un des consuls, l'autre peut le défaire. — D'ailleurs nous verrons le pouvoir d'abord absolu des consuls se démembrer peu à peu par suite de la création de magistrats nouveaux[1].

23. — **Dictature :** Au fond il n'y a, dans la Rome républicaine, qu'un seul pouvoir qui puisse concentrer toutes les attributions : c'est la *Dictature*. Le dictateur a des droits absolus : son pouvoir suspend toute autorité, toute liberté : mais il ne peut être élu que pour six mois. Aussi cette institution n'est-elle qu'un accident, un expédient auquel on n'a recours que dans les grandes crises.

24. — **Crises sociales : le *nexum* :** Les plébéiens n'avaient rien perdu, quoi qu'on en ait dit, à l'expulsion des rois, mais ils n'y avaient rien gagné. Si la réforme de Servius Tullius profitait à ceux d'entre eux qui avaient su parvenir à la fortune, elle n'avait pas changé la condition des plébéiens pauvres, c'est-à-dire de l'immense majorité des plébéiens.

25. — Les plébéiens pauvres empruntaient : et la législation coutumière de l'époque était impitoyable pour les débiteurs. Le contrat de prêt, c'était alors le *nexum* qui se faisait en présence de

1 Girard, *Manuel*, p. 19, 20.

Digitized by Google

cinq témoins et d'un *libripens*, porteur de la balance à l'aide de laquelle on pesait le métal prêté (la monnaie ne s'introduisit à Rome qu'en 486) : le créancier qui n'était pas payé à l'échéance avait le droit de s'emparer de son débiteur, de le vendre *trans Tiberim*, et peut-être même de le tuer.

26. — Toutes les crises des premiers temps de la République ont eu pour cause l'état de misère et les dettes des plébéiens. A diverses reprises, ces derniers affamèrent leurs oppresseurs en sortant de Rome pour se retirer sur le mont Aventin (L'Aventin et le Janicule étaient, encore sous le règne d'Auguste, en dehors du *pomœrium*). On essayait de les ramener, car on avait besoin d'eux.

27. — Après la retraite de 260 (16 ans après la fondation de la République) ils ne consentirent à rentrer dans Rome qu'en exigeant des garanties et ces garanties consistèrent dans la création des *tribuns de la plèbe*.

28. — **Le tribunat :** Les *tribuns de la plèbe* étaient des magistrats élus annuellement par les plébéiens : ils étaient inviolables pendant leur magistrature et avaient le droit de *veto*, c'est-à-dire le droit d'arrêter par leur *intercessio* tous les actes des magistrats faits dans l'intérieur de Rome et dans sa banlieue, sans en excepter les actes législatifs.

29. — Le pouvoir négatif des tribuns acquit une plus grande importance par suite du droit non plus négatif comme le droit de *veto*, mais positif qu'ils s'arrogèrent de convoquer l'assemblée de la plèbe (*concilium plebis*) et de lui faire voter des résolutions.

Digitized by Google

30. — Dans le principe, le *comitium plebis* n'avait que la valeur d'un *meeting*, et les décisions que l'on y votait, d'autre autorité que celles des ordres du jour qui sont, de notre temps, acclamés dans les réunions publiques.

Peut-être ces résolutions avaient-elles force de loi à l'égard de la plèbe, sans être opposables aux patriciens. Cependant, il semble que d'assez bonne heure on leur a exceptionnellement attribué cette valeur lorsqu'avant d'en saisir la plèbe, les tribuns les avaient fait approuver par le Sénat[1].

31. — La première consécration de la validité des plébiscites par la loi Valeria Horatia est de 305 (l'année des XII Tables), nous y reviendrons plus loin (V. n. 42, 43).

32. — **Comices par tribus :** Faut-il rattacher à cette période les *comices par tribus?* Les tribus dont il s'agit ici n'ont rien de commun avec les tribus ethniques dont nous avons parlé plus haut. Ce sont des quartiers de Rome : il y a quatre tribus urbaines (Suburrane, Collatine, Palatine, Esquiline) et 26 tribus suburbaines ou *rustiques*[2].

Le groupement par tribus était appliqué par les tribuns au *concilium plebis* depuis 283.

33. — Les *comices tributes* se tenaient au *forum;* ils étaient convoqués par un magistrat du peuple (*populi* et non *plebis*) ; il ne faut pas les confondre avec le *concilium plebis;* pratiquement ils donnaient les mêmes résultats que les assemblées plébéiennes parce que les patriciens qui votaient dans

1 Cuq, *Institutions*, p. 458.
2 Ce nombre fut porté à 27, puis à 31.

Digitized by Google

les comices tributes étaient noyés dans le nombre des plébéiens.

La date de l'introduction des comices tributes, qui semble bien n'être qu'une généralisation au profit du peuple entier du système en usage pour le *concilium plebis*, est d'autant plus incertaine que l'on est exposé à confondre ces assemblées avec les assemblées de la plèbe.

La loi décemvirale parle d'un *comitiatus maximus*, ce qui supposerait l'existence d'un *comitiatus minor*. Devons-nous voir dans ce *comitiatus minor* les comices tributes déjà créés à cette époque[1]?

1 Cuq, *Institutions*, p. 121.

Digitized by Google

TITRE II

IIe PERIODE — ÉPOQUE HISTORIQUE RÉPUBLICAINE

CHAPITRE II

L'ascension de la plèbe.

---

34. — **Rédaction de la loi des XII Tables :** Malgré toutes ces réformes et en admettant que certaines lois d'ordre politique aient été préalablement votées (par exemple, *lex Valeria de provoc. ad populum*), la législation du peuple romain n'avait pas cessé d'être coutumière.

35. — La plèbe demande une législation écrite. Une proposition faite par le tribun *Térentillus Arsa*, aboutit, au bout de huit ans, sinon à la rédaction du moins à la préparation d'une législation : d'après les historiens, on aurait, à cette époque, envoyé en Grèce (plus probablement dans la grande Grèce, c'est-à-dire dans les colonies grecques de l'Italie méridionale) des commissaires chargés d'étudier les lois helléniques.

36. — Au retour des commissaires, en 303 de Rome, on nomma dix magistrats presque tous patriciens dont le plus célèbre fut Appius Claudius. Ces magistrats furent les *Décemvirs* (*Decemviri legibus scribendis*).

Digitized by Google

37. — La première année de leur magistrature, dix tables furent affichées au forum ; mais l'œuvre n'était pas complète. On nomma de nouveaux décemvirs qui publièrent encore deux tables. Le pouvoir des décemvirs finit tragiquement par le soulèvement populaire qu'excitèrent le procès et la mort de Virginie.

38. — **Caractère de la loi des XII Tables :** La législation des XII Tables est aussi peu hellénique que possible. La famille patriarcale basée sur la puissance absolue du chef de famille, — les actes régis principalement, peut-être même exclusivement, par le système du formalisme, — la procédure des actions de la loi tout à fait originale dans son archaïsme, tout cela est essentiellement romain.

39. — **Lutte des patriciens et des plébéiens :** Ce qui caractérise les trois premiers siècles de la république, c'est la lutte acharnée et victorieuse des plébéiens contre les patriciens. Cette lutte est une guerre de classes, une guerre *sociale*, dans le sens que nous donnons actuellement à ce mot, bien différente des guerres de factions, au milieu desquelles devait sombrer, deux cents ans plus tard, la liberté romaine.

40. — Les faits de cette lutte se groupent autour de trois idées principales : 1° la destruction des obstacles qui s'opposaient au mélange des castes ; 2° la reconnaissance de la validité des plébiscites ; 3° la conquête des magistratures.

41. — **La fusion des castes :** La loi des XII Tables prohibait le mariage entre les patriciens et les plébéiens. Cette prohibition fut levée en 309

Digitized by Google

de R. par le plébiscite *Canuleium*. A partir de cette époque, il se forma des familles qui portaient à la fois dans leurs veines le sang des *gentes* et celui de la plèbe.

42. — **Reconnaissance de la validité des plébiscites :** Le plébiscite est la loi faite par la plèbe sur la proposition d'un tribun : régulièrement il ne devrait pas être opposable aux patriciens qui n'ont point pris part à sa confection. La force obligatoire des plébiscites a été proclamée trois fois : par la loi Valeria Horatia de 305, par la loi Publilia de 415 et la loi Hortensia de 468, ce qui donnerait à penser ou que les deux premières lois contenaient des restrictions, ou qu'elles avaient, l'une après l'autre, cessé d'être appliquées.

43. — A en croire la paraphrase des Institutes de Théophile, la loi Hortensia aurait fait « coup double » en validant à la fois les plébiscites et les sénatus-consultes. Cette affirmation ne peut pas être acceptée sans réserves, car elle semble en désaccord avec les principes constitutionnels du droit romain.

Le Sénat, sous la République, était le véritable souverain; mais un souverain peut être très complètement armé sans avoir, pour cela, le pouvoir législatif; — nous n'avons, pour nous en assurer, qu'à considérer, en France, la constitution du second Empire.

Le Sénat romain avait le droit d'administration publique, de préparation des projets de loi, d'approbation par voie d'*auctoritas* des décisions des comices, mais non le droit de faire des lois. Aussi n'a-t-il dû légiférer, avant Tibère, que bien rare-

Digitized by Google

ment et probablement par suite d'empiètements rendus plus faciles par la confusion des pouvoirs qui existait à cette époque[1].

44. — **Conquête des magistratures :** Les plébéiens poursuivent le partage de l'autorité suprême représentée par le consulat. La tactique des patriciens est simple et curieuse tout à la fois. Quand ils ne peuvent pas défendre le terrain, ils le limitent.

Les plébéiens sont sur le point d'arriver au consulat dès 310; pour sauver le principe, les patriciens obtiennent que le pouvoir sera exercé par des tribuns militaires qui pourront être pris indifféremment parmi les patriciens et les plébéiens : le *titre* de consul, mais le titre seul est provisoirement sauvé.

45. — En 387, la loi Licinia ouvre définitivement le consulat aux plébéiens : les patriciens démembrent le consulat en créant à ses dépens deux magistratures patriciennes, la préture et l'édilité curule.

Peine perdue! les plébéiens envahissent successivement toutes les magistratures de nouvelle création : la préture, l'édilité curule, la censure; leur dernière conquête fut celle du souverain pontificat en 458.

46. — **La préture :** Une des institutions créées par les patriciens au cours de la lutte eut une portée à laquelle ils ne s'attendaient pas, et joua un rôle immense dans l'histoire du droit romain. Nous voulons parler de la *préture*. Le préteur, pre-

1 Cuq, p. 117.

Digitized by Google

mier magistrat de Rome après les consuls qu'il remplaçait en leur absence, cumulait, comme tous les magistrats de l'époque, les pouvoirs administratif, judiciaire, militaire; mais c'est surtout comme magistrat de l'ordre judiciaire que les préteurs ont laissé dans l'histoire une trace profonde.

47. — Le préteur nous apparaît comme investi à la fois d'un pouvoir législatif et d'un pouvoir judiciaire. Comme instrument de ce pouvoir législatif il a le *jus edicendi*, droit de faire des édits qui ont pour but soit d'appliquer, soit de compléter, soit même de *corriger* le droit civil.

48. — Lorsque le préteur entrait en charge, il publiait son édit, c'est-à-dire l'ensemble des règles qu'il comptait appliquer tant qu'il serait en fonctions et auxquelles il lui fut bientôt défendu de rien changer pendant sa magistrature; cet édit était affiché près du tribunal du préteur, sur un tableau blanc appelé l'*album*. On l'appelait *edictum perpetuum* (édit permanent) par opposition aux *edicta repentina* (édits soudains), décisions que le préteur était obligé de prendre à l'improviste quand surgissait une difficulté que son édit permanent n'avait pas prévue.

49. — La perpétuité de l'*edictum perpetuum* était toute relative, puisqu'en droit, l'édit ne survivait pas au pouvoir du magistrat qui l'avait rendu.

L'activité législative des préteurs fit faire d'énormes progrès au droit romain.

50. — **Droit honoraire :** A côté du droit civil étroit, brutal, formaliste, les préteurs créèrent

Digitized by Google

un droit plus humain, plus philosophique, plus spiritualisé, plus dégagé de la forme. C'est le *droit prétorien* : on dit aussi, dans une acception plus large, « le *droit honoraire* » parce que le *jus edicendi* appartient non seulement aux préteurs, mais aussi aux édiles, magistrats chargés de la police des marchés, et aux gouverneurs de province (*præsides*) : tous ces magistrats ont le *jus honorum* : de là le nom donné à la législation qui émane de leur initiative.

51. — **Modification du nexum :** Pour compléter le tableau de l'émancipation plébéienne, nous signalerons, en 428 de Rome, l'abolition par la loi Pætelia Papiria de l'exécution du *nexum* par voie de contrainte par corps sur la personne du débiteur : cette mesure fut considérée comme marquant le début d'une ère nouvelle : *aliud initium libertatis*[1].

CHAPITRE II

La décadence de la République.

---

52. — En 488, la conquête de l'Italie est achevée. Cette date marque à la fois le début de l'immense expansion extérieure de Rome et le commencement de sa décadence intérieure. Dans les grands faits juridiques de cette époque, on reconnaît non plus

1 Tite-Live, 8 28.

Digitized by Google

l'effort d'un peuple qui fonde ses institutions, mais les convulsions d'un peuple qui dispute à la corruption générale, à l'ambition des factieux, aux rivalités des partis, des institutions déjà croulantes.

53. — Nous ne signalerons au cours de cette période que la création des *questions perpétuelles*, les lois agraires, et les lois judiciaires.

54. — **Quæstiones perpetuæ :** Les *leges Valeriæ* avaient attribué la justice criminelle au peuple romain tout entier réuni dans les comices par centuries : mais le peuple en pratique confiait le jugement des procès criminels à des commissions (*quæstiones*) nommées pour la circonstance.

55. — Ces commissions prirent un caractère général. Au lieu de nommer des commissaires pour un procès donné, on imagina de faire nommer chaque année par les comices ou par le Sénat, une commission permanente appelée à juger telle ou telle nature de crime public. Les commissions étaient nommées pour toute l'année : de là le nom de *quæstiones perpetuæ*. Chaque crime eut « son tribunal, sa procédure et sa peine. » Le principe des *quæstiones perpetuæ* fut posé en 605 par la loi *Calpurnia repetundarum* (loi contre les concussions).

56. — **Lois agraires** : Ces lois ne visent pas le partage des véritables propriétés individuelles, mais bien le partage des terres conquises qui appartenaient à l'État, et qui étaient concédées aux particuliers moyennant une redevance. Les patriciens, plus riches, s'étaient assuré naturellement des concessions plus étendues : avec le temps ils

Digitized by Google

avaient cessé de payer la redevance et traitaient les terres domaniales comme leur patrimoine propre. — Les lois agraires, auxquelles se lient les noms et la célébrité des Gracques, eurent pour but une répartition nouvelle entre tous les citoyens du territoire conquis. — On sait que les lois agraires n'aboutirent à aucun résultat ; la dernière loi agraire connue, la loi Thoria de 647, est une loi de réaction.

57. — **Lois judiciaires** : Ce sont les monuments de la lutte entre les sénateurs et les chevaliers à l'occasion du recrutement des tribunaux (V. *infrà*, n. 477).

CHAPITRE III

Sources du droit pendant cette période.

---

58. — Ces sources sont : 1° la loi ; 2° le plébiscite ; 3° les édits des magistrats ; 4° les réponses des prudents.

59. — 1° et 2° **Lois et plébiscites** : Quelques-unes de ces sources nous sont déjà bien connues : le plébiscite, voté par la plèbe seule sur la proposition d'un tribun dans le *concilium plebis ;* la loi, *lex*, votée par le peuple tout entier sur la proposition d'un magistrat d'ordre sénatorial, comme le consul, soit dans les comices par centuries, soit dans les comices tributes.

60. — Le nom de *leges*, toutefois, n'est pas donné seulement aux dispositions législatives votées par les comices : il est

Digitized by Google

attribué également aux institutions élaborées par un personnage chargé de l'organisation d'une province et qui reçoit mandat du peuple romain pour doter cette province d'une législation.

Ces lois reçoivent le nom de *leges datæ*, par opposition aux *leges rogatæ* votées par les comices (La proposition du magistrat qui convoque les comices s appelle *rogatio*)[1].

61. — Le nom de *loi*, *lex* est d'ailleurs également donné aux plébiscites qui ont, comme on le sait, la même autorité que les lois : beaucoup de lois célèbres : la loi Falcidia, la loi Aquilia, la loi Cincia sont des plébiscites.

62. — On reconnaît assez facilement un plébiscite d'une loi à ce que le plébiscite porte le nom (unique) du tribun qui l'a proposé, tandis que la *loi* porte le nom des deux consuls : « loi Fufia Caninia, loi Pœtelia Papiria, loi Valeria Horatia... »

63. — Les *sénatus-consultes* ne comptent pas, au cours de cette période comme source du droit privé (V. *suprà*, n. 43).

64. — 3° **Édits des magistrats** : (Voir ce qui a été dit ci-dessus des pouvoirs des préteurs et des édiles). — Le *jus edicendi* appartient également aux gouverneurs de province.

65. — 4° **Réponses des prudents** : La jurisprudence ou science de la loi avait été pendant longtemps le secret des pontifes. Gnœus Flavius, secrétaire du grand pontife Appius Claudius Cœcus, divulgua le secret des jours fastes et néfastes. A en croire Cicéron, les pontifes se rejetèrent sur la

1 Nous possédons quelques-unes de ces *leges datæ; Lex coloniæ Genetivæ Juliæ* (table d'Osuna) : Girard, *Textes*, p. 83 ; Loi de Salpensa, *ibid*, p. 99 ; loi de Malaca, *ibid.*, p. 102.

Digitized by Google

composition des formules, espérant que cet autre secret serait mieux gardé[1]; mais leur espoir fut déçu : Tibérius Coruncanius, le premier grand pontife plébéien (vers le début du VIe siècle), commença à « *publice respondere*, » c'est-à-dire à donner des consultations publiques. Cet exemple fut suivi et les consultations juridiques gratuites devinrent un des grands moyens de parvenir aux honneurs auxquels recouraient les gens ambitieux.

66. — La jurisprudence étant ainsi fondée et les textes légaux divulgués, Sextus Ælius Catus (consul en 566), publia un ouvrage qu'on appela les *tripertita*.

Les *tripertita* comprenaient :

1° La loi des XII Tables;

2° Son interprétation;

3° Les actions de la loi.

L'ensemble de cette collection constitue le *jus Ælianum*[2].

67. — La besogne des jurisconsultes (*prudentes*) devient alors plus facile et plus fréquente. Leurs attributions consistaient à : 1° *respondere*, donner des consultations; 2° *agere*, agir en justice pour leurs clients; 3° *cavere*, rédiger les contrats.

1 Cicéron, *pro Murena*, 11. — V. néanmoins Cuq. *Institutions*, p. 445.
2 D. L. 2, *De orig. juris* (Pomponius).

Digitized by Google

TITRE III

IIIe PÉRIODE : LA DYARCHIE IMPÉRIALE

---

68. — **La dyarchie** : En 727, Auguste abdiqua les pouvoirs dictatoriaux qui lui avaient été confiés et fit repasser, — c'est lui qui le dit, — l'État sous l'autorité du peuple et du Sénat. Ce maître absolu du monde romain joua jusqu'à sa mort au simple particulier, — et l'on fit semblant de le croire!

69. — Le régime fondé par Auguste et qui se perpétua jusqu'à Dioclétien, régime de despotisme inavoué, a été appelé par les romanistes *la dyarchie*. Le pouvoir, en effet, se partage — plus théoriquement que pratiquement — entre l'empereur et le Sénat. Il y a les provinces du Sénat et les provinces de César : le *stipendium*, impôt des provinces sénatoriales, est versé dans l'*ærarium* (trésor public); l'impôt des provinces impériales dans le *fiscus* (trésor du prince).

Le Sénat peut prononcer la déchéance de l'empereur : il le fit pour Néron qu'il condamna au dernier supplice; il peut, justice posthume, faire briser ses statues. — En principe, il nomme l'empereur. Enfin, il conservera pendant quelque temps l'apparence ou illusion du pouvoir législatif[1]. Les apparences sont sauvées (assez mal, du

1 M. Cuq à son cours de droit public romain.

Digitized by Google

reste, quand l'empereur est un Tibère, un Caligula ou un Élégabal). — Le masque du despotisme ne sera arraché que par Dioclétien.

70. — **Sources du droit pendant cette période** : La loi et le plébiscite tendent à disparaître dès le commencement de l'Empire. Il y aura encore quelques *leges*. Il y en a même de célèbres comme les lois *Julia* et *Pappia Poppea* : mais sous Tibère les comices cesseront de se réunir.

71. — **Les sénatus-consultes** : La deuxième année du règne de Tibère (16 ap. J.-C.), le pouvoir législatif fut transféré des comices au Sénat, et le peuple, dit Tacite, ne protesta que par de vains murmures[1]. A partir de ce moment, les sénatus-consultes deviennent la source normale du droit privé. Plusieurs sénatus-consultes de cette époque sont des monuments juridiques de première importance : le sénatus-consulte Néronien sur les legs (V. 874), les sénatus-consultes Trébellien et Pégasien sur les fidéicommis (V. 816, 817), le sénatus-consulte Velléien sur l'*intercessio* des femmes, le sénatus-consulte Macédonien sur les prêts aux fils de famille.

72. — Tantôt les sénatus-consultes empruntent leur nom à l'un des consuls de l'année : sénatus-consulte Trébellien rendu sous Néron, pendant le consulat de Trébellius et de Sénèque ; — tantôt ils portent le nom de l'empereur lui-même : sénatus-consulte Néronien. — D'autres fois, ils tirent

1 Tacite, *Annales*, 1, 15 : la phrase de Tacite prête à l'équivoque : « *Tum primum e campo comitia ad patres translata sunt* ». On a soutenu, en argumentant de la suite du passage, qu'il s'agit ici des comices *électoraux* et non des comices *législatifs*. Ce qui laisserait ouverte la question de savoir à quelle époque le Sénat a commencé à exercer le pouvoir législatif.

Digitized by Google

leur appellation du personnage à l'occasion duquel ils ont été rendus : sénatus-consulte Macédonien (*Macedo* était un fils de famille qui assassina son père pour se procurer les sommes qu'il avait empruntées aux usuriers).

73. — Le sénatus-consulte est provoqué par une requête de l'empereur que l'on appelle « *oratio principis* ». On le désigne souvent par le nom d'*oratio* suivi du nom de l'empereur : « *Oratio Antonini* » sénatus-consulte sur les libéralités entre époux rendu sur la proposition d'Antonin Caracalla. — Le Sénat, par terreur ou servilité, passe à l'état de chambre d'enregistrement, et les sénatus-consultes deviennent une forme plus ou moins hypocrite des constitutions impériales qui les remplaceront bientôt.

74. — **Constitutions impériales :** L'empereur a réuni en sa personne tous les pouvoirs et notamment le *jus edicendi* (V. *suprà*, n. 47 et s.): on formule l'autorité absolue du prince en matière législative par la maxime : *Quidquid principi placuit legis habet vigorem.*

75. — Cette autorité absolue lui est conférée par la loi même qui l'investit de ses pouvoirs (*lex regia*)[1].

76. — Les constitutions des empereurs affectent trois formes :

1° L'*edictum*, disposition générale.

2° Le *decretum*, jugement rendu par l'empereur sur une contestation qui lui est soumise. Ce juge-

1 Nous possédons en partie la *lex regia de imperio Vespasiani* (table de bronze découverte à Rome au XIVe siècle). Girard, *Textes*, p. 81.

Digitized by Google

ment *fait jurisprudence*, c'est-à-dire que les juges sont obligés désormais d'appliquer la solution impériale aux cas analogues.

3° Le *rescrit* dont l'*epistola* et le *mandatum* ne sont que des variétés : c'est une consultation donnée par le prince sur un point de droit qui lui est soumis : on lui donne le nom de *mandatum* lorsqu'il est adressé à un fonctionnaire qui a sollicité l'avis de l'empereur, d'*epistola* ou de *rescriptum* lorsqu'il est adressé à un particulier.

77. — **Réponses des prudents :** Il convient de signaler l'importance que prennent, au cours de cette période, les avis des jurisconsultes (*responsa prudentum*). Avant l'époque d'Auguste, le *jus publice respondendi* appartenait à tous ceux qui se sentaient l'aptitude nécessaire, mais ne conférait aucune autorité officielle aux opinions émises.

Auguste, d'après un passage de Pomponius (*de origine juris*), dont la portée est discutée, aurait conféré à certains jurisconsultes une *permissio jura condendi*, c'est-à-dire d'imposer au juge l'autorité de leurs décisions. Cette autorité aurait été, depuis, demandée comme une faveur : de sorte que dans les *prudentes* il faudrait distinguer, depuis Auguste, deux catégories : les jurisconsultes officiels ayant reçu la *permissio jura condendi*, et les jurisconsultes non officiels n'ayant que le *jus publice respondendi*, dont les juges pouvaient méconnaître les avis [1].

78. — La première période du principat est la belle époque de la littérature juridique, — surtout

1 D. L. 2 *de or. jur.* (Pomponius). Cette *permissio jura condendi* attribuait-elle autorité à des décisions générales et abstraites ou à des consultations concrètes données à l'occasion d'un procès ? V. *infrà*, n. 90.

Digitized by Google

la période qui s'écoule depuis l'avènement de la dynastie des Antonins (96 ap. J.-C.), jusqu'aux dernières années de la dynastie des empereurs syriens (222 ap. J.-C.). Cette période est ce qu'on appelle, à proprement parler, « l'époque classique ».

79. — *Écoles de jurisconsultes :* Les jurisconsultes romains se partagent eux-mêmes, dans leurs écrits, en deux écoles, les Sabiniens et les Proculiens. Ces deux écoles reconnaissent pour leurs chefs, le républicain Labéon, et l'impérialiste Capiton qui vivaient l'un et l'autre au temps d'Auguste. Labéon est le chef des Proculiens, Capiton celui des Sabiniens : les deux écoles prirent donc le nom non pas de leur fondateur, mais d'un de ses continuateurs (Proculus de l'école de Labéon, Sabinus de l'école de Capiton).

Le *criterium* de la différence des doctrines entre les deux écoles nous échappe complètement, si bien que l'on s'est demandé s'il ne s'agissait pas là d'établissements d'enseignement moins différenciés par leur doctrine que par leur siège et leur personnel.

80. — 1° Les plus célèbres jurisconsultes antérieurs à l'avènement des Antonins sont :

a) Du côté des Proculiens : Labéon, Proculus, Nerva, Pegasus.

b) Du côté des Sabiniens : Capiton, Massurius Sabinus, Cœlius Sabinus, Cassius.

81. — 2° Les grands jurisconsultes contemporains des Antonins sont : Neratius, Javolenus, Julien (l'auteur de la codification de l'édit), Africain, Pomponius, Gaius. Ce dernier, dont l'histoire nous est

Digitized by Google

inconnue et que l'on croit avoir été un jurisconsulte d'Orient, joue dans l'enseignement contemporain du droit romain, un rôle hors de proportion avec la notoriété dont il paraît avoir joui de son temps. Cela tient à ce que ses Institutes, découvertes en 1816 par Niebuhr sous les œuvres de saint Jérôme, dans un manuscrit palimpseste de la bibliothèque du chapître de Vérone, sont le document juridique original le plus complet que nous possédions.

82. — 3° La période des empereurs syriens a vu fleurir Papinien (dit *le prince des jurisconsultes*), Paul, Ulpien, tous trois successivement préfets du prétoire, enfin Modestin, le dernier des jurisconsultes classiques qui fut *préfet des vigiles* sous Alexandre Sévère[1].

83. — **L'édit perpétuel :** Nous avons vu que l'édit rendu par chaque préteur à son entrée en fonctions ne survivait point à la magistrature de son auteur. Mais les règles qui avaient été trouvées bonnes étaient reprises par le préteur suivant : de sorte que, peu à peu, l'édit permanent du préteur (*edictum perpetuum*) se trouva comprendre deux parties : 1° l'*edictum tralatitium* composé des règles qui se transmettaient de préteur à préteur ; 2° l'*edictum novum* composé des règles nouvelles que le préteur entrant en charge se proposait d'appliquer. Cette branche de la législation acquit une importance croissante et aussi, par voie de sélection, une fixité de plus en plus grande.

Sous Hadrien, on a pensé que l'évolution du

1 Procès des foulons de 244 ap. J.-C. — Girard, *Textes*, p. 792.

Digitized by Google

droit prétorien pouvait être considérée comme accomplie, et un sénatus-consulte donna directement ou indirectement force de loi permanente au droit prétorien codifié à cette époque par le jurisconsulte Julien (Salvius Julianus)[1]. — Le mot « édit perpétuel » changea de sens : il ne s'agit plus là d'une permanence mesurée au temps d'une préture, mais d'une réelle perpétuité *de droit* substituée à la perpétuité de fait. L'*edictum tralatitium* devint immuable. Cependant les magistrats ne perdirent pas le droit de créer des règles nouvelles pour les cas non prévus; cela est incontestable, puisque Gaius, qui vivait à une époque postérieure (il semble avoir fini sa carrière sous Marc-Aurèle), écrit encore « *jus edicendi habent magistratus populi romani*[2]; » seulement tout le patrimoine du passé fut mis hors d'atteinte par la mesure législative qui donna force de loi au travail de Salvius Julianus[3].

1 Eutrope, *Breviarium historiæ romanæ*, 8-17; Aurélius Victor, *de Cæsaribus*, 19.
2 Gaius, 1-6.
3 Code, L. 2-18, *de veteri jure enucleando* (Justinien),

Digitized by Google

TITRE IV

IVe PÉRIODE : LA MONARCHIE VRAIE

---

84. — **Caractères de cette période :** La seconde période du principat (période de *monarchie proprement dite*) se caractérise par la disparition définitive de l'influence sénatoriale et l'absolutisme avoué du prince.

85. — Un nouvel ordre de succession à l'Empire est établi par Dioclétien : l'empereur, l'*Auguste*, partage le pouvoir avec un collègue qui porte lui aussi le titre d'*Auguste*. Les deux Augustes (Dioclétien et Maximien) s'adjoignent deux *Césars* (Galérius et Constance Chlore) appelés à gouverner avec les Augustes, mais avec une autorité inférieure, à les remplacer ensuite au premier rang et à choisir eux-mêmes de nouveaux Césars. Le Sénat désormais ne sera plus consulté.

86. — **Nouvelles divisions du monde romain :** A partir de Dioclétien (284 ap. J.-C.) l'aspect de l'empire se transforme complètement; le monde romain est divisé en quatre préfectures : Orient, Illyrie, Italie et Gaules, gouvernées par quatre *préfets du prétoire*. Les préfectures se divisent en diocèses administrés par des *vicarii*, les diocèses en provinces placées sous l'autorité d'un *præses* ou *rector*.

87. — **Nouvelle transformation sous Constantin :** La métamorphose va devenir plus

Digitized by Google

profonde à partir de l'avènement de Constantin (325 ap. J.-C.). Nouvelle religion, nouvelle capitale : on voit surgir de nouvelles dignités telles que celle de *patrice* (retraite honoraire plutôt que fonction) de *comes consistorianus*, de *questeur du sacré palais*. Une nouvelle noblesse (viagère et non héréditaire d'ailleurs) se hiérarchise, comprenant les *nobilissimi*, les *illustres*, les *spectabiles*, les *egregii*[1]. Rome est finie : c'est l'empire byzantin qui commence.

88. — **Documents juridiques de l'époque :** Plus de grands jurisconsultes ; les documents juridiques de cette dernière période consistent dans les Codes Grégorien et Hermogénien qui ne sont que des compilations particulières de constitutions impériales composées par les jurisconsultes Grégoire et Hermogénien — et le Code Théodosien, recueil officiel des constitutions des empereurs publié en 438 de J.-C. sous Théodose II et dont une partie seulement est parvenue jusqu'à nous. Il n'y a plus d'ailleurs d'autres sources de droit que les formes multiples des décisions impériales[2].

89. — **Loi des citations :** A cette dernière période se rattache la constitution qu'on a appelée la *loi des citations*. Postérieure à la division de l'empire dont nous parlerons au paragraphe suivant, cette loi de 426 ap. J.-C. émanait réellement de Théodose II, empereur d'Orient, mais elle fut publiée d'abord en Occident au nom de Valentinien III, encore enfant : cette constitution dit en

1 Joannes Lydus, *Notitia dignitatum Orientis et Occidentis*.

2 Le dernier sénatus-consulte que nous connaissions est du règne d'Alexandre Sévère.

Digitized by Google

substance : « Nous confirmons tous les écrits de Papinien, de Paul, de Gaius, d'Ulpien et de Modestin : s'ils sont en désaccord, c'est la majorité qui l'emporte, si aucune majorité n'existe sur la question, le juge doit suivre l'avis de Papinien ».

90. — Comment faut-il interpréter cette constitution? D'après M. Accarias, elle aurait supprimé le *jus jura condendi.* Après les jurisconsultes désignés dans la constitution toute autorité législative se trouvait refusée aux jurisconsultes postérieurs.

91. — M. Girard pense au contraire : 1° que la *permissio jura condendi* n'a jamais visé que les réponses des prudents invoquées dans le procès *pour lequel elles ont été faites :* 2° que les écrits des jurisconsultes n'avaient aucune force législative; 3° que la loi des citations a eu pour but d'accorder la faveur posthume de cette autorité aux cinq jurisconsultes qu'elle désigne[1].

92. — **Formation des empires d'Orient et d'Occident :** A la mort de Théodose Ier (395 de l'ère chrétienne), le monde romain s'est partagé en deux empires, l'empire d'Orient et l'empire d'Occident. L'empire d'Occident, qui n'existe plus que de nom depuis que la grande invasion a débordé sur le monde romain, tombe en 476 sous les coups de l'Hérule Odoacre.

Mais l'empire romain survit sur les rives du Bosphore. Et c'est là que nous rencontrerons un prince jurisconsulte romain auquel nous devons la conservation de la partie la plus importante de la législation romaine : ce prince, c'est le célèbre Justinien.

1 Girard, *Manuel*, p. 67.

Digitized by Google

TITRE V

Vᵉ PÉRIODE : LE BAS-EMPIRE. — JUSTINIEN (527 de J.-C.).

---

93. — **Le *Corpus juris* :** L'œuvre immense de Justinien est tout entière contenue dans le *Corpus juris :* le *Corpus juris* comprend, dans un ordre inverse à celui qui est adopté ici et qui est l'ordre chronologique : le Code, le Digeste, les Institutes.

94. — **Le Code** : est la compilation des constitutions impériales jusqu'à Justinien.

95. — **Le Digeste** : Le Digeste est un recueil par ordre de matières, de fragments des œuvres des anciens jurisconsultes. C'est par le Digeste (qu'on appelle aussi les *Pandectes* (*pandectæ justinianeæ*) que nous a été conservée la partie la plus importante que nous possédions des écrits des anciens *prudentes*.

96. — Le texte malheureusement n'est point fidèle. Justinien, pour accommoder les décisions des jurisconsultes à la couleur de la législation de son temps, ne s'est pas fait faute de faire altérer les textes originaires par ses commissaires dont le président était *Tribonien*, questeur du Sacré Palais. Ces altérations constituent ce qu'on appelle les *interpolations* ou *tribonianismes*.

97. — La découverte de quelques sources pures

Digitized by Google

a permis d'en relever beaucoup et la science moderne apporte une véritable habileté dans la restitution des textes[1].

98. — **Les Institutes** : Les *Institutes* de Justinien sont un *manuel* destiné aux étudiants en droit de ce temps. Elles sont l'œuvre de Tribonien, de Théophile, professeur de droit à Constantinople, et de Dorothée, professeur de droit à Béryte. On attribue à Théophile une paraphrase grecque des Institutes à laquelle on recourait naguère encore assez ordinairement pour éclairer les points discutés.

99. — **Les cinquante décisions** : On appelle ainsi cinquante constitutions par lesquelles Justinien trancha les points laissés incertains par les constitutions impériales précédentes avant de procéder à l'édition du Code.

100. — **Les Novelles** : Justinien modifia plusieurs points de législation par des constitutions postérieures auxquelles on donna le nom de *novelles* (*novellæ constitutiones*). Ces novelles complètent et terminent le *corpus juris*.

101. — **Les Basiliques** : Le droit romain a fait ultérieurement, en Orient, le sujet de diverses œuvres dont la plus importante consiste dans les Basiliques qui, entreprises sous Basile le Macédonien, dont elles portent le nom, ont été terminées sous Léon le Philosophe (888-911). Les Basiliques nous représentent le dernier état du droit romain ou byzantin à l'époque de la chute de Constantino-

1 Nous devons signaler spécialement l'admirable « *Palingenesia juris civilis* » de Lenel.

Digitized by Google

ple (1453) et furent de nos jours les premières lois en vigueur, en Grèce, après l'émancipation : elles n'ont cessé de constituer le droit commun des Hellènes qu'après la rédaction des Codes grecs actuels.

Digitized by Google

LIVRE II

LES PERSONNES

TITRE I

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

---

102. — **La personnalité** : Les personnes sont les *sujets* des droits. Il ne faut pas confondre la *personne* et l'individu. Le mot *personne* (*persona*, masque de théâtre), s'applique plutôt au rôle joué dans la société par l'individu qu'à l'individu lui-même ; celui-ci peut remplir successivement des rôles différents. On peut considérer le même personnage jouant tour à tour le rôle de père, celui de tuteur, celui de créancier, celui de propriétaire : autant de rôles, autant de masques, si l'on veut[1].

103. — D'autre part, des collectivités jouent un rôle pour ainsi dire individuel sur la scène juridique. On les appelle *personnes morales :* par exemple, l'Etat, les cités, les corporations (*collegia*)[2]. Nous dirions, en droit français, que ces collectivi-

1 Aulu-Gelle, 5, 7.
2 D. *Quod cujuscumque univers.*, 1, 4 (Gaius).

Digitized by Google

tés ont la personnalité civile. Cette personnalité, qui se révèle par l'existence d'un patrimoine distinct de celui des membres de la collectivité, ne peut exister à Rome qu'en vertu d'une concession faite par une loi[1].

104. — La personnalité, dans la notion romaine originaire, n'appartient pas à tous les hommes.

Il faut, pour avoir une personnalité complète (*caput*), être libre et non esclave, être citoyen et non pérégrin ou même latin, être chef de famille et non en puissance.

105. — Les trois éléments de la personnalité sont donc le *status libertatis*, le *status civitatis*, le *status familiæ*[2]. Qui perd l'un d'eux, perd son *caput* (V. *infrà*, n°s 341 et s.).

106. — Qui ne réunit pas ces trois éléments du *caput* est frappé d'une *incapacité de droit* plus ou moins complète. Aux *incapacités de droit* dont l'examen fait l'objet des chapitres suivants, on oppose les *incapacités de fait* qui seront étudiées plus loin (V. *infrà*, n. 355 et s.).

1 D. *De collegiis et corp.*, 3, 1 (Marcien).
2 D. *De capite minutis*, 11 (Paul).

Digitized by Google

TITRE II

STATUS LIBERTATIS

CHAPITRE I

Hommes libres et esclaves.

SECTION I

Condition des esclaves.

107. — **La liberté et l'esclavage** : La liberté est la faculté naturelle pour chacun de faire ce qui lui plaît[1]. Quant à l'esclavage (*servitus*), les Institutes de Justinien le définissent : « une institution du droit des gens, en vertu de laquelle un individu, contrairement au droit naturel, est soumis à la propriété d'un autre[2] ». Cette institution contraire au droit naturel que l'on rattache au *jus gentium*, on essayait de la justifier par le droit de la guerre. « Du moment, disait-on, qu'on a le droit de tuer son ennemi, *a fortiori*, a-t-on le droit de le conserver (*servare*) ». De là l'étymologie plus que douteuse du mot *servus* que Justinien veut rattacher au mot *servatus*[3].

1 Instit. *de jure personarum* pr., et § 1.
2 *Ibid.* 2.
3 *Ibid.* 3.

Digitized by Google

108. — (Les esclaves sont aussi appelés *mancipia* de *manu capti*)[1].

109. — **Hommes libres et esclaves — ingénus et affranchis :** Au point de vue du *status libertatis*, les personnes se divisent en libres et esclaves et les personnes libres se subdivisent en ingénus (nés libres) et affranchis.

110. — **Personnalité de l'esclave :** « Les personnes » avons-nous dit : mais l'esclave est-il bien une *personne?* En général l'esclave est tenu pour une chose, un simple objet du patrimoine. Cependant la loi romaine, malgré sa dureté, le considère, à bien des égards, comme une personne. Elle lui permet de figurer dans les contrats, le plus souvent comme créancier, dans certains cas comme débiteur. Il faut ajouter qu'en pareil cas l'esclave n'acquiert ou ne s'engage que pour son maître ; il est pour celui-ci un instrument d'acquisition ou d'obligation. Mais cela n'empêche pas que la loi tient son activité et sa volonté pour quelque chose.

Lorsque l'esclave est mort, il recouvre sa dignité d'homme et la terre où il repose n'est pas moins sacrée que celle où est déposé le corps d'un homme libre.

111. — **Droits du maître sur la personne de l'esclave :** Pendant sa vie, il est soumis au bon plaisir du maître qui a sur lui droit de vie et de mort. Cette rigueur se relâcha sous l'influence de la philosophie stoïcienne, puis du christianisme.

1 *Ibid.* 3.

Digitized by Google

112. — La première influence se manifeste d'une manière sensible à l'époque des Antonins.

Hadrien semble avoir posé le principe des poursuites contre les maîtres qui tueraient leurs esclaves[1]. — Une constitution d'Antonin le Pieux décide que le maître qui tue son esclave doit être puni comme celui qui tue l'esclave d'autrui[2]. — Le même prince ordonna que, lorsque des esclaves maltraités par leurs maîtres se seraient réfugiés dans un temple ou au pied d'une statue de l'empereur, le maître devrait être contraint de les vendre *bonis conditionibus*[3] (c'est-à-dire sans ces clauses défavorables que la rancune des maîtres insérait trop souvent dans les contrats de vente : obligation pour l'acheteur d'employer l'esclave à des travaux pénibles, — de livrer une femme à la prostitution, etc).

Constantin plus tard n'eut qu'à confirmer ces dispositions en permettant seulement aux maîtres de fustiger modérément leurs esclaves[4].

113. — **Condition des esclaves :** En fait, la situation des esclaves était très inégale. L'esclave auquel le maître abandonnait la gestion d'un pécule important, dont il faisait un capitaine de navire (*magister navis*), le précepteur grec auquel était confiée l'éducation des enfants, ne se trouvaient pas matériellement assimilés à l'esclave homme de peine ou laboureur ou au *servus vicarius* qui est l'esclave d'un autre esclave. En droit, tous sont égaux : *in conditione servorum nulla est differentia*[5].

1 Spartianus, *Hadriani vita*, 18.
2 Inst. *de his qui sui vel alieni juris sunt*, § 2.
3 *Ibid.*
4 C. Théod., *de emend. serv.*, 1. 2.
5 Inst., *de jure pers.*, § 5.

Digitized by Google

114. — *Esclaves publics :* Il y a lieu cependant de faire une réserve en ce qui concerne les *esclaves du peuple romain* « *servi publici* », moitié esclaves, moitié bas fonctionnaires qui pouvaient disposer par testament de la moitié de leur pécule[1].

115. — *Pécule :* Le pécule est une valeur confiée par le maître à la libre administration de l'esclave ; il demeure (sauf ce qui vient d'être dit pour les esclaves publics) la propriété absolue du maître qui peut le reprendre à son gré, bien qu'en fait, il n'use guère de cette faculté pendant la vie de l'esclave[2].

SECTION II

Sources de l'esclavage.

116. — **Sources de l'esclavage** : *Servi nascuntur aut fiunt* « dit Justinien », on naît esclave ou on le devient[3].

117. — 1° **Naissance** : Sont esclaves de naissance les enfants nés d'une femme esclave. C'est quelquefois un problème délicat de déterminer l'état d'une personne dont les parents n'ont été ni toujours libres, ni toujours esclaves : voici le *criterium* du droit romain : *L'enfant né en légitime mariage suit la condition de son père au moment de la conception; l'enfant né hors mariage, la condition de la mère au moment de l'accouchement*[4].

En conséquence, si une femme concevait libre et

1 Ulpien, Reg. 20, 16.
2 Frag. Vat. 261.
3 Inst. *de jure pers.*, § 4.
4 Ulpien, Reg. 5, 10.

Digitized by Google

accouchait esclave, l'enfant devait naître esclave ; un enfant naît *ex justis nuptiis* d'un père libre au moment de la conception, l'enfant naît libre alors même que le père aurait ultérieurement perdu la liberté[1].

118. — Tels furent les principes primitifs : mais ils n'ont pas conservé leur rigueur tout entière : à l'époque classique, on décidait que, pour peu que la mère eût été libre *à un seul instant de la gestation*, l'enfant naissait libre[2].

119. — 2° **Fait postérieur à la naissance** : Les faits postérieurs à la naissance d'où résulte l'esclavage appartiennent soit au droit des gens soit au droit civil.

120. — a) *Fait dérivant du droit des gens :* La source d'esclavage qui se rattache au droit des gens est la captivité[3].

Les conséquences de la captivité sont atténuées par deux théories : la théorie du *postliminium;* la théorie de la loi Cornélia.

121. — *Jus postliminii :* Le *jus postliminii* est une règle en vertu de laquelle, lorsqu'un citoyen romain prisonnier chez l'ennemi s'échappe, est échangé, ou parvient de quelque façon à rentrer dans son pays, sa captivité est effacée *rétroactivement*, de telle sorte qu'il est censé n'avoir jamais été esclave[4].

122. — Toutefois, le *jus postliminii* ne produit d'effet rétroactif que quant aux *res juris* et non

1 Ulpien, Reg. 5, 10.
2 Inst. *de ingenuis.*
3 Inst. *de jure pers.*, 5, 4.
4 D. *De captivis et post.*, 19, pr.

Digitized by Google

quant aux *res facti*. Ainsi, dans le cas où la femme du captif s'est remariée, son second mariage n'est point annulé par le retour du premier mari[1].

123. — *Théorie de la loi Cornelia*. Cette théorie a été tirée par les jurisconsultes d'une loi de la dictature de Sulla, la loi *Cornelia de falsis*, dont une disposition punissait des peines du faux l'altération du testament fait en état de liberté par un homme qui, postérieurement, est mort captif chez l'ennemi. De cette disposition les jurisconsultes ont conclu à la validité du testament fait par l'individu mort en captivité, et plus généralement à la validité de tous les actes antérieurs à cette captivité. C'est cette jurisprudence que l'on a appelée assez improprement la *fiction* de la loi Cornelia[2].

124. — En somme, la fiction du *postliminium* consiste à supposer que le prisonnier de retour n'a jamais été prisonnier, et la prétendue fiction de la loi Cornelia à supposer que l'individu mort en captivité a perdu la vie au moment où il a été fait prisonnier.

125. — b) *Faits dérivant du droit civil :* Deviennent esclaves *jure civili*[*3] : 1° L'individu libre et pubère qui se fait vendre par un compère dans le but de faire établir ensuite sa liberté et de partager avec le compère le bénéfice de cette fraude.

126. — 2° La femme libre et *sui juris* qui en-

1 Il faut distinguer toutefois : les textes ne parlent que du mariage sans *manus*. D. *de captiv.*, 12. 4 (Tryphoninus). On admettait sans doute que la *manus* subsistait comme la *patria potestas*. — V. Girard, *Manuel*, p. 101-102.

2 D. XXVIII, 3, 15 (Javolenus).

* 3 Le mot « *jus civile* » est ici entendu dans un sens large par opposition au *jus gentium*. Car c'est une disposition de l'Edit qui prive de sa liberté l'individu qui se fait vendre par un compère. V. D. *De liber. causis*, 23 pr.

Digitized by Google

tretient des relations avec un esclave appartenant à autrui malgré la défense du maître. — Cette règle a été établie par un sénatus-consulte *Claudien :* aux termes de ce sénatus-consulte, le maître doit donner à la femme libre trois avertissements, et ce n'est que lorsqu'elle persiste, après le troisième avertissement, dans ses relations coupables, qu'il peut se la faire attribuer comme esclave (abrogé par Justinien)[1].

127. — La femme, avant le dernier avertissement, peut convenir avec le maître de l'esclave, qu'elle sera seulement son affranchie, et continuer ce commerce immoral au prix du sacrifice de son ingénuité. — Une personne ingénue peut, en vertu d'un semblable pacte, devenir *affranchie* sans passer par l'esclavage[2].

128. — 3° L'*incensus :* c'est-à-dire celui qui, pour se dérober au service militaire, ne se fait pas inscrire sur les registres du cens[3].

129. — 4° L'affranchi ingrat (*revocatio in servitutem*)[4].

130. — 5° Les condamnés à certaines peines (*ad bestias*, *in metallum*, c'est-à-dire aux travaux forcés dans les mines) : ces condamnés sont dits *servi pœnæ*; car ils n'ont d'autre maître que le châtiment[5].

1 Paul, Sent. 21. A3, 1-18.
2 *Ibid.*
3 Cicéron, *pro Cæcina*, 34.
4 Suétone, *Div. Claud.*, 25.
5 Inst. *quib mod. jus potest. solvitur*, § 3. La servitude des condamnés *in metallum* a été abrogée par la novelle 22, chap. 8.

Digitized by Google

SECTION III

Quasi-servitude.

131. — **Cas de quasi-servitude** : Certains individus, sans perdre la liberté ni même le droit de cité, sont dans un *état de servitude de fait :* ce sont :

132. — 1° *Le liber homo bona fide serviens :* L'homme libre qui se croit esclave ; en réalité il est libre; cependant, il acquiert pour son prétendu maître, comme s'il était esclave, ce qui provient de son travail (*ex operis suis*) ou de la gestion du pécule qui lui est confié (*ex re ejus cui servit*)[1].

133. — 2° *Les addicti, judicati, nexi,* c'est-à-dire ceux qui, soit par l'effet du contrat de *nexum* (modifié en 428 de R., v. *suprà*, n. 51), soit par l'effet de l'attribution (*addictio*) à leur créancier, peuvent être arrêtés par celui-ci, traînés dans son ergastule et employés aux travaux de l'esclavage (les prisons privées n'ont été supprimées qu'en 388 ap. J.-C.)[2].

134. — 3° *Les auctorati :* gladiateurs de condition libre engagés par des organisateurs de jeux pour combattre dans le cirque[3].

135. — 4° *Les redempti :* captifs rachetés qui ne peuvent rembourser celui qui a fourni leur rançon[4].

136. — 5° **Les personnes** *in mancipio :* Ce sont les enfants de condition libre vendus par le *paterfamilias*. Ces individus ne deviennent pas des esclaves proprement dits; mais ils sont dits *in mancipio;* toutefois ils conservent leurs droits politiques[5].

137. — 6° **Les colons** : Enfin, l'empire chrétien vit naître une nouvelle catégorie de personnes

1 Gaius, 2, 92, 94 ; 3, 164.
2 V. Girard, *Textes*, p. 134.
3 Gaius, 3, 199.
4 C. *de postlim.*, 20 (Arcadius et Honorius) ; D. *qui testam. facere*, 201.
5 Gaius, 1, 116, 117, 162 ; 3, 104.

Digitized by Google

non-libres : ce sont les colons, les hommes que le Moyen âge nommera les serfs, de la glèbe.

Ces colons ne sont pas attachés à la personne, mais à la terre[1]. — Le colon peut se marier, être propriétaire, créancier, mais il ne peut aliéner, son patrimoine étant garant de la redevance, d'ailleurs fixe, qu'il doit à son maître[2].

138. — On est colon, soit par la naissance, soit par suite de la prescription trentenaire (lorsqu'un homme libre a vécu pendant trente ans dans la situation de colon)[3], soit en vertu d'une convention (lorsque la misère contraint un homme libre d'accepter la condition servile)[4].

139. — On ne connaît pas au juste l'époque de la création du colonat; quelques auteurs ont voulu le faire remonter au temps de Sévère, quelques-uns même jusqu'aux Antonins, — peut-être jusqu'à Auguste; mais les seuls éléments précis d'information dont nous pouvons disposer jusqu'à présent ne nous permettent pas de placer son origine beaucoup avant le règne de Dioclétien[5].

1 C. L. 2. *de agricolis, censitis et colonis* (Constance); l. 7, *ibid.* (Valentinien I, Valens et Gratien).

2 C. L. 2 *In quib. caus. col.* (Constantin); L. 2, *eod. tit.* (Arcadius et Honorius).

3 C. *de agric. cens. et col.* 23, 1 (Justinien).

4 Salvius, *de gubernatione Dei.*

5 Girard, *Manuel*, p. 127 et 128. V. néanmoins Esmein (*Mélanges*), sur l'inscription de Soukh-el-Khmis (pp. 306-321). Conf. Girard, *Textes*, p. 160.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Ingénus et affranchis.

SECTION I

L'affranchissement (*manumissio*).

140. — **Ingénus et affranchis :** L'ingénu est l'homme qui n'a jamais été esclave, l'affranchi celui qui a été : « *ex justa servitute manumissus*[1] ».

Ex JUSTA *servitute* : supposons en effet qu'un individu libre passe pour esclave et qu'il vienne à être affranchi : sera-t-il *libertus?* non, il restera ingénu[2].

141. — **Modes d'affranchissement :** On distinguait en cette matière les modes solennels et les modes non solennels d'affranchissement.

142. — **Modes solennels d'affranchissement :** Ces modes sont la *vindicta*, le cens, le testament[3].

143. — 1° *Affranchissement* VINDICTA : c'est-à-dire par la baguette. La baguette, que l'on voit souvent intervenir dans les actes romains, n'est pas autre chose que la représentation de la lance, symbole de la propriété quiritaire[4].

Le maître et l'esclave se présentaient avec un

1 Instit. *de ingenuis* pr.
2 *Ibid.*, § 1.
3 Ulpien, Reg., 1, 7, 8, 9.
4 Boèce, *in Ciceronis topica*, 1, 2, 10 ; Gaius, 4, 16 *in fine*.

Digitized by Google

tiers devant le magistrat et là, on simulait les cérémonies de la procédure qu'on appelait *causa liberalis*, procédure qui tendait à faire déclarer libre un individu dont l'état était contesté. — Le tiers jouant le rôle d'*assertor libertatis* proclamait que l'esclave était libre d'*après le droit des quirites*. Le maître, au lieu de toucher l'esclave de sa baguette en émettant une affirmation contraire, déclarait ne pas contredire. En conséquence, le magistrat prononçait en faveur de la liberté[1].

144. — 2° *Affranchissement* CENSU : L'affranchissement par le cens consistait pour le maître à présenter l'esclave au censeur en demandant son inscription sur les tables des citoyens[2]. L'esclave ainsi inscrit prenait le nom *gentilice* de son maître, en le faisant suivre du nom de celui-ci et de l'indication de sa qualité d'affranchi : par exemple l'affranchi de Lucius, membre de la *gens Cornelia*, sera : Lucius *Cornelius* Lucipor[3], L. L. (c'est-à-dire *Lucii libertus*, l'affranchi de Lucius).

145. — 3° *Affranchissement par testament :* Cet affranchissement avait lieu de deux façons : 1° le maître pouvait charger par son testament son héritier d'affranchir l'esclave par la vindicte ou par le cens, auquel cas l'esclave devenait l'affranchi de l'héritier[4]. 2° Le maître pouvait léguer directement la liberté à l'esclave qui, par suite se trouvait être un affranchi sans patron et prenait le titre de *Libertus Orcinus*, affranchi d'Orcus (Pluton) :

1 D. *de lib. caus.*, 40, 12.
2 Ulpien, Reg., 1, 8.
3 Lucipor : *Lucii* puer, l'esclave de Lucius ; l'affranchi garde comme surnom le nom qu'il a porté en servitude.
4 Testament de Dasumius, ligne 79 ; Girard, *Textes*, p. 724.

Digitized by Google

« *Eros, Phœbus liberi sunto*[1] ». — Σαραπιας δουλη μου... ἐλευθέρα ἔστω[2].

145 *bis*. — 4° *Affranchissement in sacrosanctis ecclesiis*. Au temps de Justinien l'affranchissement solennel se fait encore *in sacrosanctis ecclesiis*, dans les églises, en présence des fidèles (*christianis adstantibus*. Inst. de *libertinis*, § 1).

146. — **Modes non solennels d'affranchissement** : A côté de ces modes solennels, il y avait des modes non solennels d'affranchissement : *per epistolam*, par une lettre dans laquelle le maître disait à l'esclave qu'il lui donnait la liberté, *inter amicos*, lorsque le maître faisait connaître devant quelques amis la volonté d'affranchir l'esclave, *pileo*, au profit des esclaves qui, en vertu d'une disposition testamentaire du maître, avaient suivi son convoi funèbre coiffés du bonnet de la liberté (le bonnet phrygien).

147. — De l'avis des plus sûrs interprètes contemporains, ces sortes d'affranchissements étaient dépourvus de validité ; les esclaves qui en bénéficiaient étaient simplement *statuliberi*. Le préteur empêchait un retour de volonté du maître et les maintenait en liberté, mais leur situation paraît avoir été discutée jusqu'à la loi *Junia Norbana* (Gaius, 3, 56).

148. — **Lo** *Junia Norbana* : Sa date est incertaine ; les romanistes la placent, les uns en 772 de R., les autres en 671 ; nous nous arrêtons à cette dernière date *[3].

1 Test. de Dasumius, ligne 51 ; Girard, *Textes*, p. 723.
2 Test. de Longinus Castor, ligne 17 ; Girard, *Textes*, p. 727.
* 3 D'après la loi Ælia Sentia, les affranchis mineurs de 20 ans deviennent

Digitized by Google

D'après cette loi, les esclaves affranchis par un mode non solennel deviennent bien libres, mais au lieu de devenir en même temps citoyens, ils sont simplement Latins (V. *infrà*, n. 160). Et, du nom de la loi, on appela cette catégorie de Latins « les Latins Juniens ».

149. — La loi Junia Norbana n'appartiendrait donc pas, selon nous, à la série des lois restrictives des affranchissements; ce serait au contraire une loi de faveur, dont le but aurait été de substituer, au profit de ceux qu'elle visait, une situation régulière à la situation précaire des *statuliberi*.

150. — **Loi *Fufia Caninia* :** Nous allons d'ailleurs rencontrer cette série des lois restrictives, dictées par une préoccupation qui apparaît peut-être déjà dans la loi Junia Norbana, malgré son caractère libéral.

151. — Les affranchissements présentaient un péril dont le législateur s'émut. Ils encombraient la cité d'une tourbe d'électeurs infectés de tous les vices de la servitude et dont l'augmentation finissait par constituer un péril pour l'État. Les affranchissements les plus à redouter (parce qu'ils n'appauvrissent point celui qui les fait) étaient les affranchissements testamentaires. Ils sont visés par la loi Fufia Caninia dont nous ignorons la date précise[1] et dont Justinien ne parle que pour l'abroger.

152. — Cette loi a restreint le nombre des affran-

Latins (Gaius, 1, 28). Or, il résulte du fragment dit de Dosithée (ligne 12, Girard, *Textes*, p. 432), que la loi Junia « *Latinorum genus introduxit* ». La loi Ælia Sentia est de 757. Elle ne peut viser les affranchis Latins Juniens *créés par la loi Junia Norbana* qu'autant que celle-ci est antérieure.

1 Elle est du règne d'Auguste. V. Suétone, *Octave*, 40.

Digitized by Google

chissements testamentaires à un chiffre proportionnel au nombre total des esclaves du testateur, sans que d'ailleurs le nombre des affranchis pût s'élever au-dessus de 100. Si le chiffre était dépassé, les affranchissements étaient validés dans l'ordre du testament; ceux qui dépassaient le nombre légal ne comptaient pas. Tous étaient nuls si le défunt s'était amusé à écrire en cercle le nom des affranchis de façon qu'il n'y eût ni premier ni dernier[1].

153. — **Loi *Ælia Sentia* :** Toute autre est l'importance de la loi Ælia Sentia (757 de R.).

154. — 1° Elle interdit aux maîtres de moins de vingt ans d'affranchir leurs esclaves autrement que par la vindicte, et sans justifier d'un motif sérieux (*justa causa*) qu'ils doivent faire approuver par un conseil spécial composé à Rome de cinq sénateurs et de cinq chevaliers, et, dans les provinces, de vingt récupérateurs (personnes inscrites sur la liste du jury (V. *infrà*, n. 475, 476). Il y a motif légitime d'affranchissement, lorsque l'esclave est le père, le fils, le frère du maître, lorsque l'esclave a sauvé la vie du maître, lorsque ce dernier veut affranchir une esclave pour l'épouser, etc. [2].

155. — 2° Elle prohibe l'affranchissement en fraude des créanciers [3]. Les esclaves constituent en effet une part importante du patrimoine, et un maître endetté peut se rendre insolvable en gaspillant par des affranchissements le bétail humain qui constitue le gage de ses créanciers. Dans les

1 Gaius, 1, 42 ; Inst. *De lege Fufia Caninia sublata*, § 1.

2 Gaius, 1, 47 ; Instit. *qui et quib. ex caus. manum. non possunt*, §§ 4, 5, 7 ; Gaius, 1, 10.

3 A moins que ce ne soit pour faire d'un esclave un héritier nécessaire (V. *infrà*, n. 800).

Digitized by Google

deux cas que nous venons d'exposer, l'affranchissement est nul : *lex impedit libertatem.*

156. — 3° Tout esclave affranchi avant l'âge de trente ans devient, aux termes de la loi, Latin Junien et non citoyen [1].

157. — 4° Les esclaves qui, pendant leur servitude, ont été l'objet de châtiments graves (*vincti tortive*) deviennent, s'ils sont affranchis, *pérégrins deditices.* C'est-à-dire qu'ils sont assimilés aux peuples auxquels Rome victorieuse a imposé les conditions les plus dures : l'affranchi deditice ne peut résider dans un rayon de cent milles autour de Rome sans s'exposer à être vendu comme esclave avec toute sa famille [2].

SECTION II

Condition des affranchis.

158. — **Diverses classes d'affranchis :** Il existe donc, au début de l'empire, trois classes d'affranchis, savoir (nous commençons par l'échelon inférieur *pessima libertas*) :

159. — 1° Les *deditices :* Ils ne peuvent ni donner ni recevoir par testament et ne peuvent parvenir à la cité romaine [3].

160. — 2° Les *Latins Juniens* : Ils sont libres pendant leur vie et meurent esclaves : c'est-à-dire que leurs biens, à leur mort, retournent à leur

1 Conf. testament de Longinus Castor, lignes 4 et 5 : Μαρκέλλαν... Κλεοπατραν δούλην μου μιζονα ἐτῶν τριάκοντα (Girard, *Textes*, p. 726).

2 D. *qui et a quibus manum. liberi non fiunt*, L. 10 (Gaius). — D. *eod. tit.* 27 pr. (Hermogénien) ; Ulpien, Reg. 1, 11 ; Gaius, 1, 26, 27.

3 Gaius, 1, 26.

Digitized by Google

maître : *libertatem simul et animam in ultimo spiritu amittebant* [1]. Nous verrons qu'ils peuvent acquérir la cité romaine (V. *infrà*, n. 163 et s.)

161. — 3° *Les affranchis citoyens romains :* L'affranchi citoyen n'a pas lui même toutes les prérogatives des ingénus.

Il est électeur, mais pour donner à sa voix moins d'importance, on le parque dans une des quatre tribus urbaines.

Il n'est pas éligible aux magistratures (il n'a pas le *jus honorum*).

Il n'a pas le *jus aureorum annulorum* [2], le droit de porter l'anneau d'or, insigne de l'ingénu citoyen.

162. — Mais il peut l'obtenir, et même il obtient fréquemment sous l'empire, la concession des prérogatives qui lui manquent. Cette concession s'appelle la *restitutio natalium* [3].

163. — **Elévation des Latins Juniens au rang de citoyens** [4] : Un Latin junien peut acquérir ultérieurement la qualité de citoyen :

164. — 1° *Iteratione :* Lorsque la qualité de Latin junien résulte de ce que l'esclave a été affranchi par un mode non solennel, l'*iteratio*, renouvellement par un mode solennel de la *manumissio*, lui imprime la qualité de citoyen.

165. — 2° *Causæ probatione :* La *causæ probatio* est une faveur faite à la fécondité. Le Latin qui a

1 Inst. 3, 7, 4; Gaius, 3, 56 et s.

2 D. Lois, 3, 5, 6. De *Jure aur. ann.*

3 Concession beaucoup plus complète que le *jus aur. annul.*, puisqu'elle fait disparaître les droits du patron aux *operæ* et à la succession, elle ne peut être accordée sans le consentement de celui-ci (D. XL, XI, L. 2).

4 Ulpien, Reg. 3, 1, pour toute l'énumération.

Digitized by Google

épousé une Romaine ou une Latine devant sept témoins et qui a eu de cette union un enfant d'un an (*puer anniculus*) peut obtenir la cité pour lui, pour sa femme et pour ses enfants.

166. — 3° *Liberis :* Faveur à l'affranchie Latine junienne qui a mis au monde trois enfants (*ter enixa*).

167. — 4° *Erroris causæ probatione :* Variante de la *causæ probatio :* lorsqu'un conjoint Romain ou Latin a cru à tort son conjoint dans le cas de la *causæ probatio*.

168. — 5° *Militia :* Par le service pendant six ans dans le corps des gardes de nuit (*vigiles*) de Rome[1].

6° *Pistrino :* Par la fondation d'une boulangerie à Rome.

7° *Nave :* Par le commerce par mer des céréales destinées à l'approvisionnement de l'Italie.

8° *Ædificio :* En se faisant entrepreneur de constructions.

169. — **Réformes de Justinien** : Justinien a fait disparaître la classe des affranchis déditices et celle des Latins juniens. Tous les affranchis, dans le dernier état du droit, sont citoyens.

170. — **Devoirs des affranchis envers les patrons** : Les affranchis, même citoyens, sont tenus de certaines obligations vis-à-vis de leurs patrons. Ces obligations se ramènent à trois : 1° *obsequium;* 2° *operæ;* 3° *bona*.

171. — 1° *Obsequium :* L'*obsequium* est un devoir de respect : ainsi l'affranchi s'expose à des

1 Disposition d'une loi Visellia : Ulpien, *ibid.*

Digitized by Google

poursuites s'il traduit son patron en justice sans l'autorisation du préteur[1].

172. — 2° *Operæ :* Les *operæ* consistent dans le devoir de rendre au patron certains services de complaisance (*operæ officiales*), elles ne sont consacrées que par une obligation morale. — Le patron qui veut s'assurer de la part du futur affranchi des services plus étendus, par exemple, des services industriels (*operæ fabriles*), a soin, avant l'émancipation, d'engager l'esclave par un serment devant les pontifes ; c'est la *jurata promissio liberti*[2].

173. — 3° *Bona :* C'est le mot dont on se sert pour désigner le droit de succession du patron et de sa famille. La famille de l'affranchi n'étant autre que celle de son ancien maître, c'est à celle-ci, que doit retourner la succession *ab intestat* de l'affranchi mort sans postérité[3].

174. — Il suit de là que la tutelle de l'affranchi impubère ou de la femme affranchie appartient au patron ou à ses descendants en vertu du principe romain : « *ubi emolumentum successionis ibi et onus tutelæ* ».

175. — **Emancipation des colons** : Les colons sortent de leur condition par la promotion à l'épiscopat ; ils n'y échappent ni par l'affranchissement ni par la prescription trentenaire.

1 D. *de obseq.*, Gaius, 4, 46.
2 Gaius, 3, 95, 96.
3 Ajoutez que l'affranchi est tenu envers le patron dans l'indigence d'une obligation alimentaire (Paul, *Sent.*, 2, 32, 5).

Digitized by Google

TITRE III

STATUS CIVITATIS

---

176. — **Division des personnes au point de vue de la cité** : Les personnes se divisent, au point de vue du *status civitatis*, en citoyens romains et pérégrins. — Mais parmi les pérégrins il faut distinguer deux grandes catégories : les Latins et les pérégrins proprement dits. La qualité de Latin comporte elle-même des sous-distinctions qui seront exposées plus loin (V. *infrà*, n. 195 et s.).

CHAPITRE I

Les citoyens.

---

177. — **Sources de la qualité de citoyen.** — 1° **Naissance** : Nous retrouverons ici un certain nombre de règles analogues à celles qui ont été formulées au sujet du *status libertatis*. Ainsi, on naît citoyen ou on le devient.

L'individu naît citoyen dont les parents ont eu la cité romaine depuis sa conception jusqu'à sa naissance inclusivement.

Quand les parents sont de condition différente, l'enfant suit la condition de son père au moment de la conception s'il est né de *justæ nuptiæ*.

Digitized by Google

178. — Mais là s'arrête l'analogie; si l'enfant est né hors mariage, ce qui sera le cas le plus habituel (le *jus connubii* n'existant pas entre Romains et pérégrins), il est étranger en vertu d'une loi Minicia de date ignorée, *lex Minicia deterioris parentis conditionem sequi jubet.* Idée identique à celle qu'exprimaient nos vieux coutumiers en matière de servage, « le mauvais emporte le bon[1]. ».

On n'a jamais accordé à la pérégrine qui avait été citoyenne romaine pendant la gestation la faveur accordée à l'esclave qui a eu, au cours de sa grossesse, un instant de liberté (V. *suprà,* n. 118).

179. — *Suite :* 2° **Acquisition du droit de cité postérieurement à la naissance :** L'acquisition de la cité résulte soit du bienfait de la loi (par exemple au profit du pérégrin qui a dénoncé un magistrat concussionnaire[2]), soit de la naturalisation qui était accordée, sous la République, par les comices, et, sous l'empire, par le prince[3].

180. — Rome avait été, à son berceau, très prodigue du droit de cité; elle avait alors besoin de recruter son personnel de citoyens; sous la République, elle en devint très avare : bien souvent, à cette époque, elle ne consentait à conférer aux pérégrins que la *civitas sine suffragio,* les droits civils sans les droits politiques. Cela entraîna, à la fin de la République, la *guerre sociale,* à la suite de laquelle le droit de cité fut accordé à tous les Italiens (V. *infrà,* n. 203).

181. — Les empereurs ne marchandèrent guère

1 Gaius, 1, 78.
2 Loi Acilia, *repetundarum*, ligne 76. — Girard, *Textes*, p. 42.
3 Tacite, *Annales*, 11, 23.

Digitized by Google

à leurs sujets pérégrins la concession soit générale, soit individuelle du droit de cité. Claude, né à Lyon, se montra très large envers les Gaulois; les Espagnols furent favorisés par Trajan et Hadrien, originaires d'Espagne l'un et l'autre.

182. — **Constitution de Caracalla :** En 212 après Jésus-Christ, Caracalla accorda le droit de cité à tous les habitants de l'empire. Cette concession, dictée par une préoccupation toute fiscale, avait pour but de soumettre tous les sujets de l'empire à l'impôt du vingtième sur les successions (*Vicesima hereditatum*) qui n'était acquitté que par les citoyens.

183. — C'est encore une question très débattue que celle de savoir si, après la constitution de Caracalla il put encore se trouver dans l'empire des non-citoyens, et notamment si, en vertu de cette constitution, le droit de cité se trouva conféré d'avance à tous ceux qui devenaient ultérieurement sujets de l'empire.

D'après le système généralement admis, la constitution de Caracalla serait demeurée inapplicable aux naturels des régions alors étrangères au monde romain.

Ortolan a combattu cette théorie et soutenu qu'à partir de la constitution de Caracalla, la qualité de sujet de l'empire et celle de citoyen se sont confondues de telle sorte que l'une ne peut être acquise sans que l'autre le soit aussi. Comment alors peut-on rencontrer des *pérégrins* dans l'empire? comme en France, à l'heure actuelle, on rencontre des étrangers, des gens de passage.

Il y a un point faible dans ce système : Ortolan semble confondre l'étranger en dehors de l'action romaine (*hostis*, *barbarus*), avec le *pérégrin* qui est un sujet de Rome.

M. Girard suppose que la constitution de Caracalla n'a pas eu la généralité qu'on lui attribue, sans se prononcer sur les restrictions qui ont pu limiter la concession générale du droit de cité. On ne peut en effet que hasarder des conjectures : les documents précis font défaut[1].

1 Girard, *Manuel*, p. 211, texte et note 5.

Digitized by Google

184. — **Condition des citoyens** : — Le citoyen romain c'est le *quirite*. On croit que c'est là une appellation d'origine sabellique[1] (les Sabins habitaient la bourgade fortifiée de *Quirium*). Le droit spécial aux citoyens romains portait le nom de droit *quiritaire* (*jus quiritium*). On peut le décomposer en trois éléments d'ordre privé et deux d'ordre politique. Ces éléments sont :

185. — *En droit privé :* 1° le *jus connubii*, droit de contracter les *justæ nuptiæ*, génératrices de la *patria potestas ;*

2° Le *jus commercii*, droit de figurer dans un contrat de forme romaine ; c'est-à-dire dans un contrat *per æs et libram*.

3° La *factio testamenti :* droit de disposer ou de recevoir par testament. La *factio testamenti* apparaît comme un aspect du *commercium* lorsque le testament se fait *per æs et libram*, et comme une dépendance des droits politiques, alors que le testament se faisait *calatis comitiis*. Il fallait en effet être électeur pour pénétrer dans les comices.

186. — *Dans l'ordre politique*, le citoyen romain a :

1° Le *jus suffragii* (l'électorat) ;

2° Le *jus honorum* (l'éligibilité aux magistratures).

187. — **Perte de la cité** : Le droit de cité se perd nécessairement avec la liberté, sauf application du *jus postliminii* et de la fiction de la loi Cornelia, mais il se perd seul :

188. — 1° Par l'effet de la condamnation à l'exil, « *interdictio aqua et igni* », l'interdiction de l'eau

1 V. néanmoins, *suprà*, n. 5 et Cuq, *Institutions*, p. 102.

Digitized by Google

et du feu (c'était la formule employée pour exprimer l'obligation de s'expatrier[1]). Cette peine a été remplacée sous l'empire par la *déportation dans une île* qui entraîne comme elle la perte de la *civitas*[2].

189. — Il ne faut pas confondre la déportation dans une île avec la relégation qui laisse subsister le droit de cité. Ovide relégué dans la Chersonèse de Thrace peut écrire :

Nec mihi jus civis, nec mihi nomen abest[3].

190. — 2° Par l'inscription au nombre des membres d'une colonie latine : les Romains désireux d'aller chercher fortune hors de chez eux ne trouvaient pas toujours, à point nommé, la fondation d'une colonie de citoyens; ils se joignaient parfois à des émigrants partant pour fonder une colonie latine, et prenaient en ce cas la condition de *Latins coloniaires* qui sera définie un peu plus loin[4].

CHAPITRE II

Les non-citoyens.

SECTION I

Les pérégrins proprement dits.

191. — L'*hostis* et le *peregrinus* : Dans les premiers siècles de Rome, le terme d'*hostis* avait

1 Instit. *de capit. dem.*, § 2.
2 *Ibid.*
3 *Tristes.*
4 Gaius, 1, 181.

Digitized by Google

un sens général : il servait à désigner les étrangers et impliquait si peu l'idée d'un état de guerre qu'on a cru pouvoir donner une étymologie commune au mot *hostis* et au mot *hospes* (hôte)[1].

Plus tard l'*hostis* se distingue du *peregrinus*[2]. Le *peregrinus*, c'est le sujet de Rome, l'individu appartenant à un peuple conquis auquel, conformément à son système invariable, Rome a laissé sa législation nationale.

192. — On est pérégrin par la naissance; on le devient par l'effet de l'interdiction *aqua et igni*, mais en ce cas on est *peregrinus sine civitate*.

193. — **Condition des pérégrins :** Les pérégrins n'ont ni les droits politiques (*jus suffragii*, *jus honorum*), ni les droits civils (*connubium commercium*, *factio testamenti*) : ils vivent sous l'empire de leurs lois nationales, et sont régis, tant dans leurs rapports entre eux que dans leurs rapports avec les romains, par *le jus gentium*.

194. — *POPULI FUNDI :* Les Romains n'imposent pas aux peuples soumis leur législation; mais ces peuples peuvent l'adopter spontanément; on les appelle alors *populi fundi*. Ce titre ne crée par lui-même aucun droit particulier[3].

SECTION II

Les Latins.

195. — *Jus Latii :* On appelle ainsi, à proprement parler, la condition faite par Rome d'abord

1 C'est dans ce sens archaïque que la loi des XII tables dit « *status dies cum hoste* » pour un procès avec un étranger, — ou « *adverrus hostem æterna auctoritas* ».

2 Cicéron, *de offic.*, 1, 12.

3 Cicéron, *pro Balbo*, 8.

Digitized by Google

aux habitants du *Latium*, et plus tard à toutes les *civitates fœderatæ* qui composaient la « ligue latine », plus tard enfin à tous les peuples italiens.

196. — On distingue le *majus latium* et le *minus latium*. — Dans les cités qui jouissent du *majus latium*, il suffit d'avoir été décurion pour acquérir la cité romaine. Dans les villes qui n'ont que le *minus latium*, il faut avoir exercé une magistrature pour parvenir à la même faveur (Gaius, 2, 95, 96).

197. — **Division des Latins :** Les Latins se divisent en *Latini veteres*, *Latini coloniarii*, Latins sans épithète ou Latins d'Italie. Il faut ajouter à ces catégories les Latins juniens dont il a été parlé plus haut (V. *suprà*, n. 160).

198. — 1° *Latini veteres* (les anciens peuples de la ligue latine). Les *Latini veteres* ont le *jus suffragii*. Quand ils sont à Rome, ils votent dans les comices et l'on tire au sort la tribu dans laquelle ils doivent donner leur suffrage [1]. Leurs procès sont portés devant le préteur urbain.

199. — 2° *Latins coloniaires :* Colonies fondées par la ligue latine, ou même recrutées dans Rome, parmi les citoyens qui renonçaient au *jus civitatis* pour obtenir des concessions de terre :

Les *Latini coloniarii* ont les mêmes droits civils que les *Latini veteres*, mais ils ne sauraient avoir le *jus suffragii* qui est refusé même aux membres des colonies romaines (ces derniers ne peuvent exercer leur droit électoral que dans la colonie et non à Rome).

1 *Sitella allata est ubi latini sortirentur ubi suffragium ferrent*, Tit. Liv. 25, 3.

Digitized by Google

200. — 3° *Latini* (sans épithète) : Les Latins n'ont que le *commercium*, et le droit d'ester en justice devant les magistrats romains. Ils n'ont le *connubium* que lorsqu'il leur a été expressément concédé.

201. — 4° Latins Juniens (V. *ci-dessus*, n. 160).

202. — **Acquisition de la cité par les Latins** : Les Latins acquièrent la cité par la *causæ probatio*, l'*erroris causæ probatio*, et en général par tous les modes déjà signalés plus haut comme faisant acquérir le *jus civitatis* aux Latins Juniens.

203. — Ils l'acquéraient également par une naturalisation individuelle ou collective. Après la guerre sociale, en 664 de R., une loi Julia dont l'auteur est le père de Jules César, accorda le droit de cité aux Italiens[1].

204. — **Hiérarchie des cités** : Nous compléterons cet aperçu par quelques données sur la hiérarchie des cités.

1° Rome, la patrie commune de tous les citoyens.

2° Les colonies romaines composées de citoyens envoyés pour romaniser une région. Ces cités sont administrées par des *duumvirs* correspondant aux consuls, et une *curie*, sorte de sénat local; les membres de ces colonies, lorsqu'ils se trouvent à Rome, jouissent du droit privé mais non des droits électoraux : ils ont donc la *civitas sine suffragio*.

3° Les villes de la ligue Latine (*Latini veteres*) dotées du *jus suffragii* et du *connubium*.

4° Les cités Latines qui n'ont que le *commercium* mais non le *connubium*.

5° Les colonies Latines sont assimilées parfois aux précédentes, ou, plus favorisées, ont la même condition que les cités de *Latini veteres*, moins le *jus suffragii*.

6° Les municipes qui conservent la liberté de leur législation intérieure et s'administrent eux-mêmes.

1 Cicéron, *pro Balbo*, 8, 21.

Digitized by Google

7° Les préfectures où la liberté d'administration intérieure ne s'exerce que sous le contrôle d'un délégué de Rome (*præfectus*).

205. — *Jus italicum* : Le *jus italicum* est une qualité du sol, et non un privilège de ses habitants; nous en reparlerons en traitant de la propriété quiritaire (V. *infrà*, n. 597).

Digitized by Google

TITRE IV

STATUS FAMILIÆ

CHAPITRE I

La famille romaine.

---

206. — **Caractère de la famille romaine :** La famille romaine se présente sous un aspect tout particulier. Elle a pour fondement la *patria potestas* dont la conception, en droit romain, est à peu près sans analogue dans les autres législations : « *Fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus*[1] ».

Entendue dans un sens large, la famille se compose d'un chef, le *pater familias*, qui est *sui juris*, c'est-à-dire qui ne dépend de personne, et des individus placés sous la puissance de ce chef (personnes *alieni juris*)[2].

Les individus placés sous la puissance du chef de famille comprennent :

1° Les esclaves soumis à la *dominica potestas;*

2° La femme soumise à la *manus;*

1 Gaius, 1, 55.
2 D. *De verb. signif.*, 195, 1.

Digitized by Google

3° Les enfants et descendants sous la *patria potestas;*

4° Les personnes *in mancipio.*

207. — Le chef de famille, pontife et juge, est le souverain absolu de ce microcosme sur lequel il a, en principe, droit de vie et de mort.

208. — Entendue dans un sens restreint, la famille est composée du *paterfamilias*, de sa femme, si elle est *in manu*, et de ses enfants ou descendants légitimes, adoptifs ou légitimés ; — les enfants émancipés de la *patria potestas*, la fille entrée dans une autre famille par un mariage accompagné de *conventio in manum* n'en font point partie.

209. — **L'agnation :** Le lien qui unit entre eux tous ceux qui se trouvent sous la *patria potestas* d'un même chef de famille est appelé l'*agnation* ou parenté civile.

Ce lien survit à la mort du *paterfamilias* : bien plus, il s'étend à tous ceux qui ne se sont pas trouvés sous la puissance d'un chef de famille commun, mais qui auraient pu s'y trouver, si ce chef de famille eût vécu assez longtemps pour cela. Ainsi, les enfants de deux frères consanguins, quoique nés après la mort de leur aïeul, et, par conséquent, n'ayant jamais été sous la puissance de cet auteur commun, ne laissent pas pour cela d'être agnats.

210. — **La cognation :** La cognation est la parenté naturelle, ce que nous appellerions le lien du sang. Elle rattache l'individu non seulement à sa famille paternelle, mais à sa famille maternelle.

211. — **Rapports et différences entre**

Digitized by Google

l'agnation et la cognation : Il semblerait, après ce que nous venons de dire, qu'on peut être *agnat* sans être *cognat* (par exemple, quand on n'est attaché à une famille que par l'adoption), et cognat sans être agnat. Mais, par un véritable abus de langage, les jurisconsultes romains admettent que l'*agnation* emporte la *cognation*. Celui qui entre dans une famille par adoption, devient cognat en même temps qu'agnat[1].

Au contraire, l'agnation se perd très bien sans la cognation ; le fils émancipé ou donné en adoption cesse d'être l'agnat des membres de sa famille paternelle sans cesser d'être leur cognat.

212. — **La *gens*** : Quand on peut se rattacher par une généalogie paternelle à un auteur commun, on est *agnat*. Mais avec le temps, le lien d'agnation devient difficile à constater. Cependant, entre les individus dont l'agnation est impossible à prouver, un lien subsiste : celui de la *gentilité*. Quand on n'est plus agnat, on peut être encore *gentilis*.

213. — Qu'était-ce donc qu'un *gentilis?* Déjà, vers la fin de la République, on avait quelque peine à s'en rendre compte. Sous les Antonins, les *gentiles* sont tellement passés à l'état de souvenir que Gaius se borne à dire : *totum gentilicium jus in desuetudinem abiit.* Et pourtant on devrait savoir ce qu'étaient les *gentiles* puisque Cicéron affirme qu'il ne connaît rien de plus complet que cette définition de Mucius Scœvola : « *Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt; nec est satis; qui ab ingenuis oriundi sunt; nec est satis; quorum majorum nemo servitutem servivit; abest etiam nunc : qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est*[2].

214. — Ainsi donc, le premier caractère qui révèle une origine commune, c'est la communauté de nom.

1 D. *De gradibus*, 10; D. *Unde cognati*, 1, 4 (Ulpien).
2 Cicéron, *Topiques* 6, 29.

Digitized by Google

Les Romains portent trois noms : le *prænomen*, le *nomen*, le *cognomen*.

Ex. : *Publicius* CORNELIUS *Scipio ; Caïus* JULIUS *Cæsar*. Le *nomen* ou *nomen gentilitium* est celui qui sert à reconnaître une origine commune quand le lien d'agnation ne peut être prouvé.

215. — Mais pourquoi la définition insiste-t-elle sur ces deux points : « *qui ab ingenuis oriundi sunt ; quorum majorum nemo servitutem servivit ?* C'est que le nom *gentilice* est porté non pas seulement par les membres, mais aussi par les affranchis de la famille. Il y a donc des individus qui, tout en portant le nom gentilice, n'appartiennent pas à la gens, ce sont les affranchis de la *gens* et leurs descendants (V. *suprà*, n. 144).

216. — Cicéron ajoute une dernière condition : c'est que, pour faire partie de la *gens* à laquelle appartient une famille, il faut encore n'avoir pas rompu le lien d'agnation avec cette famille par une *capitis deminutio* (V. *infrà*, n. 341).

Tout cela est parfaitement clair et concorde avec l'idée d'une parenté agnatique éloignée qui ne se reconnaît plus qu'à la communauté du nom et des sacrifices.

217. — Aussi a-t-on abandonné le système *politique* de Niebuhr qui voulait voir dans la *gens* une subdivision politique de la curie (dix familles formeraient une *gens*, dix *gentes* une curie, dix curies une tribu).

218. — Abandonné aussi le système d'après lequel les *gentiles* seraient les membres de la famille du *manumissor* considérés par rapport aux membres de la famille du *manumissus*.

C'est bien là un des aspects de la gentilité, mais ce n'est qu'un de ses aspects, car le lien de gentilité existe antérieurement entre les membres de la famille du *manumissor*.

Digitized by Google

CHAPITRE II

La puissance paternelle.

---

219. — **Du *paterfamilias* :** La puissance paternelle n'est pas exercée à Rome comme chez nous par le père sur ses enfants, mais par le chef de famille sur ses descendants du 2e comme du 1er degré qui sont, les uns et les autres, au même titre, *alieni juris*.

Tant que le grand-père, chef de famille, est vivant, il est seul maître et de son fils et de ses petits-fils, quel que soit l'âge des uns et des autres.

Quant à la mère, elle n'exerce jamais, à aucune époque et dans aucune circonstance, la puissance paternelle ; bien plus, si elle est sous la *manus* de son mari, à la mort de celui-ci, elle tombe elle-même sous la tutelle de ses enfants qui sont ses agnats.

220. — **La *patria potestas* :** La *patria potestas* du chef de famille s'exerce à la fois sur la personne du *filius familias* et sur son patrimoine.

221. — 1° **Droits sur la personne du *filius familias* :** Le chef de famille a sur les enfants le droit de vie et de mort ; il peut les tuer, les vendre, les exposer et en faire l'*abandon noxal*, c'est-à-dire, lorsqu'ils ont commis un délit, les manciper, à titre de réparation, à la victime du délit.

Le droit absolu du père de famille s'est affirmé dans les premiers temps de Rome et jusqu'à la fin

Digitized by Google

de la République par des exemples tragiques : sans parler de Brutus et de Manlius qui sévirent peut-être, le premier comme consul et le second comme général, la conjuration de Catilina nous donne l'exemple d'une exécution familiale : le père de Fulvius, un des complices de Catilina, le fit arrêter pendant qu'il allait rejoindre les troupes de Mallius et exécuter en vertu de sa juridiction domestique[1].

222. — La rigueur de la loi se relâcha dans la suite des temps. Trajan força un père qui maltraitait son enfant à l'émanciper[2]. Hadrien punit de la déportation un *paterfamilias* qui avait tué son fils[3]. — Néanmoins pour trouver une disposition précise et générale il faut descendre jusqu'à Constantin qui frappa des peines du parricide le *paterfamilias* coupable du meurtre de son fils « *sive clam, sive palam fuerit enisus*[4] ». Le mot *palam* (ouvertement) vise évidemment l'exécution domestique. Le *parricidium* (*paris cœdes*, et non *patris cœdes* comme nous l'entendons en français) est le meurtre par un homme de *son semblable*[5].

223. — Le droit de vendre les enfants a persisté plus longtemps puisque Constantin s'est contenté de le limiter en défendant aux parents de vendre leurs enfants autrement qu'au sortir du sein de leur mère (*sanguinolentos*) et cela seulement dans

1 Salluste, *Catilina*, 49.

2 D. *si a parente quis man. est.* 12 (Papinien).

3 D. *de lege Pompeia*, 5 (Marcien).

4 C. *de his qui parentis*, Lex unic. (Constantin).

5 M. Cuq (*Institutions*) donne une autre étymologie : *parricidium* viendrait de *patris cœdes*, meurtre d'un patricien (*pater*). V. inst., p. 152, note 1.

Digitized by Google

le cas d'extrême misère (*propter nimiam paupertatem egestatemque victus*)[1].

224. — L'abandon noxal qui se faisait par voie de mancipation et avait pour conséquence de placer le fils de famille *in mancipio* (V. n. 136) ne fut aboli que par Justinien[2].

225. — **Droits sur le patrimoine du *filius familias* :** En principe, le fils de famille n'a rien à lui : ce qu'il acquiert, il l'acquiert pour son chef de famille.

Ses obligations sont pourtant considérées comme valables[3], mais ne peuvent être, pendant la vie du *pater familias*, ramenées à exécution autrement que par la contrainte par corps, puisqu'il ne possède rien.

226. — Le père n'est point engagé par les contrats de son fils — au moins jusqu'à l'introduction des actions *adjectitiæ qualitatis* (V. 2e partie, n. 406); — Il est engagé par ses délits mais il a la ressource de se libérer, en pareil cas, par l'abandon noxal du délinquant[4] (V. 2e partie, n. 610 et s.).

227. — **Pécules :** Cette législation a été modifiée par la création successive des divers *pécules*.

228. — 1° *Peculium castrense* (créé à l'époque de César) : ce pécule était composé des biens que le fils de famille pouvait acquérir dans l'exercice du métier des armes[5].

1 C. *de patr. qui fil. distrax*, L. 2 (Constantin).
2 Instit. *de nox. act.*, § 7.
3 D. *de obl. et act.*, L. 39.
4 Gaius, 4, 75.
5 Paul *Sent.*, 3, 4, 3.

Digitized by Google

229. — 2° *Peculium quasi castrense* (création de Constantin), se compose de richesses acquises par le *filius familias* dans l'exercice des charges du palais[1].

230. — 3° *Pécule adventice* ou mieux *Bona adventicia* : (l'expression de pécule adventice employée longtemps par les commentateurs n'est pas romaine). Les biens adventices sont ceux qui proviennent au fils des successions à lui échues. — Originairement ils tombaient dans le patrimoine du père : Constantin fit au profit du fils un patrimoine distinct des *bona materna* (succession de la mère)[2] ; aux *bona materna* on ajouta successivement tous les biens qui ne proviennent pas au fils de la libéralité paternelle, ou des pécules *castrense* et *quasi castrense.*

231. — **Pécule profectice** : C'est là le pécule proprement dit : *peculium a patre profectum*, composé des biens dont la libre administration a été concédée par le chef de famille au *filius familias;* symétrique au pécule de l'esclave, il remonte sans doute, comme celui-ci, à l'époque la plus reculée, et se place par conséquent en dehors de ce que nous avons appelé la création des pécules.

232. — *Propriété des pécules.* Les pécules *castrense* et *quasi castrense* appartiennent en pleine propriété au fils de famille.

Les biens adventices appartiennent pour la nue-propriété au fils de famille et pour l'usufruit au *paterfamilias.*

Quant au pécule profectice, il ne cesse pas d'être la propriété du père qui le reprend au décès du

1 C. *de castr. omnium palatin. pecul*, L. 1 (Constantin).
2 C. *De bonis mat.*, l. 1 (Constantin).

Digitized by Google

filiusfamilias, malgré toute disposition contraire, non par droit de succession, mais *jure peculii*.

233. — **Condition des fils de famille dans l'ordre politique** : La condition subordonnée des enfants dans l'ordre civil ne réagit pas sur l'ordre politique. Le père, maître absolu de son fils en tant que *paterfamilias*, est tenu d'obéir à celui-ci s'il est magistrat de la République.

Fabius fils, consul, entouré de ses licteurs, rencontre, sur la voie Appienne, son père le consulaire Fabius qui venait à cheval en sens inverse. L'étiquette obligeait les cavaliers à mettre pied à terre quand ils se croisaient avec un consul. Fabius père feignit de ne pas s'en souvenir, et les licteurs croyaient bon de ne pas remarquer ce manque de déférence. « *Descendere jube* » « Faites descendre » commande aux licteurs le consul... Et le vieux Fabius, mis à pied, se jette dans les bras de son fils qu'il félicite de faire ainsi respecter la majesté du peuple romain[1].

CHAPITRE III

Sources de la *patria potestas*.

---

234. — Les sources de la patria potestas sont, d'une part les *justæ nuptiæ*, d'autre part, l'adoption et la légitimation.

SECTION I

Les *justæ nuptiæ*.

§ I. — Le mariage et la *manus*.

235. — **Le mariage** : Le mariage est l'union de l'homme et de la femme dans le but de perpé-

1 Voir cependant un passage assez équivoque de Cicéron, *de inventione*, 2, 17.

Digitized by Google

tuer leur espèce : mais ainsi entendu, le mariage ne différerait pas du concubinat, union extralégale non prohibée, ni même du *stuprum* union passagère et coupable des individus de sexe différent.

Le mariage proprement dit, celui qui sert de base à la *patria potestas,* est ce qu'on appelle, en droit romain, *matrimonium* ou *justæ nuptiæ*. Il est défini aux Institutes de Justinien « *viri atque muleris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens*[1] ». — « *Individuam vitæ consuetudinem* » une existence *inséparée*, mais non une coexistence indissoluble puisque le divorce est permis à Rome.

236. — **Mariage avec ou sans** *manus :* On distingue à Rome deux sortes de mariages aussi légitimes l'un que l'autre, mais qui ne créent pas la même situation à la femme : dans le mariage avec *manus*, la femme entre dans la famille de son mari ; — dans le mariage sans *manus*, la femme reste dans sa famille d'origine.

237. — **Formes du mariage :** A la question « quelles sont les formes du mariage romain? » il n'existe qu'une réponse juridique : c'est qu'il n'y en a pas. Le mariage, en droit romain, est un contrat purement consensuel ; — à tel point que les jurisconsultes déclarent que la femme légitime et la concubine ne diffèrent que par la seule intention des parties « *solo dilectu*[2] ». Sans doute, il y a des cérémonies consacrées par l'usage, mais ces cérémonies sont accessoires et non substantielles.

238. — Ainsi le mariage est d'ordinaire précédé de fiançailles (*sponsalia*) : ces fiançailles se faisaient anciennement

1 Inst. *de patria pot.*, 1.
2 Paul, *Sent.*, 2, 20.

Digitized by Google

soit au moyen de contrats verbaux [1], soit, plus tard, par des pactes [2] dont on dressait un procès-verbal (*instrumentum*); — bien que le nom d'*instrumentum* fût plutôt réservé aux actes destinés à constater les conventions pécuniaires des époux : c'est en ce dernier sens que l'on dit « *instrumentum dotale* (contrat de mariage) ».

Les fiançailles ne constituent point d'ailleurs le mariage; tout au plus, peuvent-elles aboutir, dans le dernier état du droit, à des dommages-intérêts en cas de rupture sans motif [3].

239. — La *festivitas nuptiarum*, la cérémonie solennelle, les guirlandes, les chants, les cris de « thalassie » proférés par les jeunes gens, le *flammeum*, voile orangé dont se pare l'épousée, tout cela est consacré par l'usage, mais non indispensable à la validité du mariage [4].

240. — *Tradition de la femme :* On peut supposer cependant que la validité du mariage est subordonnée à la tradition de la femme au mari (*deductio in domum mariti*) et l'on peut invoquer en ce sens le principe : *vir absens uxorem ducere potest, femina absens nubere non potest* [5].

241. — **Mariage avec *manus* :** Le mariage ne produit pas par lui-même la *manus*.

D'abord, qu'est-ce que la *manus?* Nous ne dirons pas que c'est la puissance maritale, car la puissance maritale existe même dans le mariage *sine manu* et s'affirme par l'interdit donné au mari afin d'obtenir la remise et la disposition de sa femme, par les droits que confère au mari la loi *Julia de adulteriis*... mais c'est une puissance *plus complète* du mari sur la femme, puissance très analogue à la *patria potestas,* puisque la femme *in manu* est

1 Aulu-Gelle, L. 4.
2 D. *De sponsalibus*, L. 4 (Ulpien) ; L. 11 (Julien).
3 Code, *De sponsal.*, 5 (Léon et Anthémius).
4 Festus, *De verb. signif.*
5 Paul, *Sent.*, 2, 19, 8.

Digitized by Google

réputée par rapport à son mari « *loco filiæ* », par rapport aux enfants qui naîtront du mariage » *loco sororis* » (d'où il résultera au profit de la femme un droit de succession identique à celui de ses enfants considérés comme ses frères).

242. — Ce serait d'ailleurs une erreur de croire que la *manus* appartient nécessairement au mari : elle appartient au chef de famille si le mari est lui-même sous la puissance paternelle, et ne passera au mari qu'au décès du *paterfamilias*.

243. — **Modes d'acquisition de la *manus* :** La *manus* s'acquérait dans l'ancien droit par trois procédés : 1° la *confarreatio* ; 2° la *coemptio* ; 3° l'*usus*[1].

244. — 1° La *confarreatio :* Elle a pour cérémonie essentielle l'oblation à Jupiter d'un gâteau de fleur de farine (*farreum*). Pour être flamine de Jupiter, de Mars ou de Quirinus, il fallut longtemps être issu de *nuptiæ confarreatæ*[2]. Cette cérémonie, essentiellement patricienne, devint par la suite si rare qu'à un moment donné, on ne put trouver pour faire des *flamines diales* (flamines de Jupiter) des sujets présentant les conditions requises, et que l'on fut obligé, sous Tibère, de modifier la législation[3].

245. — 2° La *coemptio*. Le mariage des plébéiens ne pouvant avoir lieu par *confarreatio*, il s'ensuivait que la *manus* n'aurait jamais pu être acquise dans une famille plébéienne : c'est pour remédier à cet inconvénient que l'on créa la *coemptio*.

1 Gaius, 1, 110.
2 Gaius, 1, 113.
3 Tacite, *Annales*, 4, 16.

Digitized by Google

La *coemptio*, dont on ne connaît pas les détails, s'analysait en une sorte de *mancipatio,* c'est-à-dire de vente de la femme au mari en présence de cinq témoins et d'un porte-balance *libripens*[1].

246. — 3° L'*Usus*. Lorsque le mariage n'avait eu lieu ni par confarréation, ni par *coemptio*, la *manus*, non produite au moment du mariage, naissait de *droit* au bout d'un an de vie commune, d'après la loi des XII Tables.

247. — Mais la femme qui voulait rester dans sa famille paternelle pouvait échapper à cette acquisition par l'usage en découchant trois nuits dans l'année : ce qu'on appelait « *usurpatum ire trinoctio;* » le mot *usurpare* est technique, en droit romain, pour exprimer l'interruption d'une prescription en voie de s'accomplir. Dans l'espèce, la *manus* s'acquiert par une véritable *usucapion* (ce que le droit français appelle une *prescription*) et la prescription est interrompue par l'*usurpatio*[2].

248. — **Décadence de la *manus* :** Le mariage libre (*sine manu*) ne cessa de se généraliser et finit par rester maître du terrain. On a vu que le *farreum* était tombé en désuétude sous Tibère; Cicéron signale déjà la profonde décadence de l'*usus*; — la *coemptio* existe encore à la fin de la République[3]. Gaius mentionne sa survivance à l'époque des Antonins, mais elle semble alors plus usitée en dehors du mariage qu'entre les époux.

1 Gaius, 1, 113. — Hushke et, après lui, Muirhead ont supposé que les époux s'achetaient réciproquement. Cette conjecture est traitée assez sévèrement par M. Girard, p. 146, n. 1.

2 Aulu-Gelle, *Nuits Att.*, 3. 2.

3 *Laudatio funebris Turiæ*, ligne 16. Girard, *Textes*, 731.

Digitized by Google

249. — **Coemptions fiduciaires** : La *coemptio* est utilisée à titre d'expédient dans trois cas;

250. — 1° *Coemptio tutelæ evitandæ causa :* Le tuteur d'une femme *sui juris* croit en conscience devoir refuser son autorisation à un acte projeté par celle-ci et, néanmoins, ne veut pas la mettre dans l'impossibilité de l'accomplir : pour dégager sa responsabilité, il autorisera la femme à se manciper (*convenire in manum*) à une personne qui se charge de la remanciper à un tiers. Ce tiers, *choisi par la femme*, s'engage par un *pacte de fiducie* à l'affranchir : il l'affranchit en effet, et, en qualité de patron, conserve la tutelle. La femme s'est ainsi procuré un tuteur de son choix qu'elle a dans la main [1].

251. — 2° *Coemptio testamenti faciendi gratia :* La femme *sui juris* ne peut faire son testament sans l'autorisation de ses tuteurs qui sont ses agnats. Elle change de tuteur par le procédé précédemment indiqué, et se place sous l'autorité d'un nouveau tuteur (celui qui l'a affranchie) qui la laissera disposer à son gré [2].

252. — 3° *Coemptio sacrorum interimendorum causa :* Les *sacra privata* étaient sans doute un fardeau assez lourd, puisque les Romains, pour exprimer « un bonheur sans mélange » disent facétieusement « *hereditas sine sacris* ». Une femme appelée à une succession se trouve, par sa qualité d'héritière, obligée d'entretenir le culte domestique. Pour se débarrasser de cette charge, elle fait *coemptio* avec un vieillard aussi près de mourir que possible, et qui s'engage par un pacte de fiducie à l'émanciper. A la suite de la *conventio in manum*, c'est le vieillard qui a la charge des *sacra privata* : il meurt et cette charge s'éteint avec lui [3] !

253. — **Mariage *sine manu* :** Si le mariage n'est pas accompagné ou suivi de la *conventio in manum*, la femme reste dans sa famille paternelle;

1 Gaius, 1, 115.

2 Gaius, 1, 115 : Gaius semble même dire que la femme mancipée et affranchie pourra tester sans autorisation. Il est plus probable que le nouveau tuteur qui, n'étant pas agnat, n'a aucun droit à la succession, la laissera disposer à sa guise (Cuq, *Institutions*, p. 564). — Hadrien donna aux femmes le droit de tester, et la *coemptio testam. fac. gr.* disparut (Gaius, *loc. cit.*).

3 Cicéron, *pro Murena*, 12.

Digitized by Google

on la désigne non par l'appellation de *mater familias* réservée à la femme mariée *cum manu*, mais par le nom d'*uxor*[1].

254. — Le mariage *sine manu* ne comporte aucune intervention d'autorité publique ou religieuse : on peut donc se demander à quoi l'on reconnaîtra l'existence de ce mariage ; la question ne se posera pas souvent, car les époux recourront en général à la *festivitas nuptiarum* et à un *instrumentum dotale* qui fixera la situation ; mais tout cela n'est pas nécessaire. De quoi, alors pourra-t-on conclure au mariage ? De la cohabitation des époux ? Mais il est de principe que « *nuptias non concubitus sed consensus facit*[2] » — que la concubine et l'*uxor* ne diffèrent que « *solo dilectu* ».

255. — On ne pourra donc établir la situation des époux qu'à l'aide de présomptions. On présumait le mariage ou le concubinat suivant que les personnes accouplées étaient ou non du même rang. Il en fut ainsi jusqu'à l'empereur Justin, oncle et prédécesseur de Justinien. A partir de la constitution de Justin, le mariage fut toujours présumé (V. *infrà*, n. 263).

§ II. — Des conditions de fond du mariage.

256. — **Conditions de fond du mariage :** Les conditions de fond indispensables à la validité du mariage sont au nombre de trois : la puberté, le consentement, le *connubium*.

257. — 1° **La puberté :** C'est la possibilité, pour un homme, de s'unir à une femme, et, pour

1 Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 18, 6.
2 D. *de div. reg. jur. ant.* L. 30 (Ulpien).

Digitized by Google

une femme, de recevoir les caresses d'un homme dans un but de fécondation : la femme, dans ce cas, est *viri potens*.

La puberté se vérifiait autrefois par l'état du corps[1]. Pour les garçons, les pères de famille se réunissaient à l'occasion de la fête des *Liberalia* et, avant de faire quitter à l'adolescent la robe prétexte pour lui faire prendre la robe virile, on vérifiait si son état physique révélait la puissance génitale. Quand les mœurs devinrent moins grossières, on fixa la puberté des jeunes garçons à 14 ans. On avait renoncé de bonne heure à une pratique analogue pour les filles et fixé à 12 ans l'âge de la *viri potentia*.

258. — 2° **Le consentement** : Les consentements indispensables au mariage sont :

1° Celui des parties contractantes[2];

2° Celui de leurs chefs de famille respectifs;

3° Si le futur est un petit-fils sous la *patria potestas* d'un aïeul, il faut encore le consentement du père du jeune homme. C'est la conséquence de la règle « *Nemini invito suus heres adgnascitur*[3] », « personne ne doit, sans son consentement, être exposé à exercer la puissance paternelle » (l'*heres suus* est le descendant soumis à la *patria potestas*). En effet, à la mort de l'aïeul, chef de famille, la puissance paternelle sur la femme *in manu* du *nepos* (petit-fils) et dans tous les cas, que le mariage ait été contracté avec ou sans *manus*, sur les enfants

1 Ulpien, Reg., 11, 28; Gaius, 1, 196.

2 D. *de ritu nupt.* 28 (Marcien); 16, 2. (Paul); code de *nuptiis*, 12 (Diocl. et Maxim.).

3 D. *de rit. nupt.*, 16, 1 (Paul); Inst. *de adopt.*, 7.

Digitized by Google

nés du mariage, sera exercée par le père du *nepos* s'il n'est prédécédé.

La femme n'a besoin que du consentement de son chef de famille et non de celui de son père. Celui-ci, en effet, ne court pas le risque d'avoir son gendre ou ses petits-fils sous sa puissance (pour *sui heredes*) puisque c'est la femme qui entre dans la famille de son mari, et non le mari dans la famille de la femme.

259. — Ces principes perdirent beaucoup de leur rigueur : la loi Julia de *maritandis ordinibus* (sous le principat d'Auguste) permit aux enfants de citer en justice les parents qui se refusaient à les marier, de sorte que l'ancien mariage, contrat conclu par les parents avec le consentement de leurs enfants, est devenu en réalité un contrat conclu par les enfants avec l'autorisation de leurs parents[1].

260. — 3° Le *connubium* : Le *connubium* est la capacité de contracter les *justæ nuptiæ*.

On doit distinguer le *connubium* absolu, faculté générale de contracter mariage, et le *connubium* relatif, faculté pour une personne déterminée, de contracter les *justæ nuptiæ* avec une autre personne déterminée.

261. — Ainsi, il n'existe absolument pas de *connubium* pour les esclaves, dont l'union est abandonnée à la nature (*contubernium*)[2], — pour les pérégrins, — pour les Latins qui n'ont pas reçu le *jus connubii*[3], — jusqu'au IVe siècle pour les sol-

1 Girard, *Manuel*, p. 150.
2 Ulpien, *Reg.*, 5, 5.
3 *Ibid.*, 5, 4.

Digitized by Google

dats sous les drapeaux[1] — pour l'individu engagé dans les liens d'un mariage non dissous...

Mais le plus souvent, il ne faut voir dans le défaut de *connubium* qu'une incapacité relative.

262. — Les prohibitions, qui ont beaucoup varié avec le temps, se réfèrent soit à des considérations d'ordre politique, soit à l'*agnatio*, à la *cognatio*, à l'alliance.

263. — a) *Prohibitions d'ordre politique.* Jusqu'en 309 de R. (plébiscite *Canuleium*), il n'y avait pas de *connubium* entre les patriciens et les plébéiens[2]; — il n'y en avait pas non plus entre les ingénus et les affranchis jusqu'à la première loi Julia de *maritandis ordinibus*[3]. Enfin, jusqu'à Justin, le mariage était prohibé entre les sénateurs ou leurs descendants, et les femmes de profession honteuse (*lenæ*, proxénètes, — comédiennes et danseuses *quæ artem ludicram faciunt*, — courtisanes *quæ corpore quæstum faciunt*, etc.)[4].

Justin leva ces prohibitions : cette prime à la conversion des pécheresses fut accordée aux sollicitations du neveu de l'empereur, Justinien ; celui-ci voulait en effet épouser la fameuse Théodora, fille d'un cocher du cirque, qui avait fait l'ornement de l'*Embolum* le plus célèbre portique de prostitution de Constantinople[5].

264. — b) *Prohibitions fondées sur la parenté ou l'alliance.* La *cognatio* fait obstacle au mariage à l'infini en ligne directe (entre ascendants et des-

1 *Epistula* de Trajan, ligne 10, Girard, *Textes*, p. 157.
2 Tit. Liv., 1, 4.
3 D. *De rit. nupt.*, 23 (Celsus).
4 D. 44, *De rit. nupt.*, pr.
5 Code de *nuptiis*, l. 23, § 1 (Justin).

Digitized by Google

cendants); mais en ligne collatérale, la prohibition ne s'étendait pas au delà du 3e degré (oncle et nièce, tante et neveu). Claude qui voulait épouser sa nièce Agrippine (déjà d'ailleurs sa maîtresse), obtint du Sénat l'abrogation de la prohibition du *connubium* entre le *patricus* et la fille de son frère[1]...

... une loi moins sévère,
Mit Claude dans mon lit et Rome à mes genoux.
(RACINE, *Britannicus*).

Cette législation de circonstance fut abrogée par Constance et Constant[2].

265. — Quant à l'*agnatio* elle empêche le mariage entre l'adoptant et les descendants de l'adopté, entre les enfants adoptifs et naturels d'un même père.

266. — L'*affinitas* (l'alliance) est le lien qui unit un conjoint aux membres de la famille de son conjoint. L'*affinitas* qui n'était peut-être pas un obstacle au *connubium* sous la République (la mère de Cluentius avait épousé son gendre)[3] devint, sous les empereurs païens, une cause de prohibition à l'infini en ligne directe, et sous les empereurs chrétiens, en ligne collatérale mais seulement entre le beau-frère et la belle-sœur.

267. — c) *Prohibitions édictées par des lois positives :* De ce nombre sont la prohibition du mariage : 1° entre l'époux adultère et son complice[4]; 2° entre le tuteur ou le fils du tuteur et la pupille[5];

1 Tacite, *Annales*, 12.
2 Code Théod., *de incesti nupt.*, 21 (Constance et Constant).
3 Cicéron, *pro Cluentio*.
4 D. *Ad legem Juliam de adult.*, l. 40 (Paul).
5 D. *De rit. nupt.*, L. 36, 37, 59 (Paul).

Digitized by Google

3° entre le gouverneur d'une province et les femmes de cette province (parmi lesquelles il lui était d'ailleurs explicitement permis de prendre une concubine)[1]; 4° sous les empereurs chrétiens, entre juifs et chrétiens[2].

268. — L'absence du *connubium* vicie le mariage, mais l'inceste seul (violation d'une disposition relative à la parenté ou à l'alliance) a une sanction pénale qui varie, suivant la gravité des faits : (exil, flagellation, *cinguli privatio*, c'est-à-dire dégradation militaire, peine capitale dans certains cas)[3].

§ III. — Les effets du mariage.

269. — **Effets du mariage :** Ces effets varient suivant que le mariage est ou non accompagné de la *conventio in manum*.

270. — 1° *Entre les époux :* Par la *conventio in manum* la femme devient la fille de son mari, tout lien entre elle et son ancienne famille est rompu pour ne jamais se renouer, même en cas de dissolution du mariage.

Le lien qui s'établit entre elle et la famille de son mari est un lien d'agnation : d'où cette conséquence que le mari a sur elle les mêmes droits que sur ses enfants : il peut condamner sa femme à mort, mais non sans prendre l'avis d'un conseil composé des plus proches cognats de la femme, c'est-à-dire des membres de son ancienne famille[4]. Il pourrait aussi manciper sa femme.

Quant à la femme, elle est héritière de son mari et du *pater familias* de celui-ci puisqu'elle est vis-

1 *Ibid.*, L. 38, 65, § 1 (Paul); Lampride, *Alexandri Severi vita*, 42.
2 C. L. 6, de *Judæis* (Gratien).
3 C. Théod., I, *de incest. nupt.*
5 4 Denys d'Halic, 2, 25 ; Tacite, *Annales*, 13, 32.

Digitized by Google

à-vis de l'un *loco filiæ*, vis-à-vis de l'autre *loco neptis*.

271. — Lorsque le mariage n'est pas accompagné de la *conventio in manum*, la femme reste sous la puissance de son chef de famille, ou, si elle est *sui juris*, sous la tutelle de ses agnats, et ne peut prétendre dans la famille de son mari aucun droit de succession.

272. — Néanmoins elle est soumise à la juridiction domestique, et, pour lui faire réintégrer le domicile conjugal, si elle venait à le déserter, son mari a les interdits *de uxore ducenda, exhibenda*[1]. Elle est également soumise aux poursuites et aux pénalités de la loi Julia *de adulteriis*[2].

273. — Dans le mariage avec *manus*, le patrimoine de la femme s'absorbe dans celui du mari, puisqu'au moins en principe, les fils de famille n'ont pas de patrimoine distinct de celui du *pater familias*[3].

Dans le mariage libre (*sine manu*) l'*uxor* garde la propriété et l'administration de sa fortune. Sous tous les régimes les époux sont incapables de se faire des donations (V. n. 838-840).

274. — 2° *Entre la mère et ses enfants :* si la femme est *in manu*, elle est la sœur de ses enfants (*loco sororis*) comme la fille de son mari (*loco filiæ*) et les rapports de succession entre la mère et les enfants sont les mêmes qu'entre frères et sœurs.

275. — Si la femme n'est pas *in manu*, la mère et les enfants *ne sont pas de la même famille :* ni

1 D. *de lib. exhib.*, 1. 5.
2 Esmein (*Mélanges*), p. 92 et s.; Paul, *Sent.*, 2, 26, 14.
3 Cicéron, *Topiques*, 4.

Digitized by Google

droits, ni obligations en conséquence de part et d'autre. Ces dispositions se sont trouvées modifiées au deuxième siècle par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien qui ont consacré la succession des mères à leurs enfants et des enfants à leurs mères.

276. — 3° *Entre le père et les enfants :* Là, peu importe qu'il y ait eu ou non *conventio in manum :* les *justæ nuptiæ* produisent toujours la *patria potestas.*

277. — ... A condition toutefois que l'enfant soit né des œuvres du mari. On suppose qu'à une époque très ancienne, l'enfant était, immédiatement après sa naissance, déposé aux pieds du mari qui le ramassait ou le laissait à terre suivant qu'il en agréait ou répudiait la paternité. On veut trouver le fondement de cette conjecture dans l'expression « *tollere, suscipere liberos* [1]. » (?)

Nous n'avons de données certaines que sur l'époque où la question se résolvait déjà par les présomptions encore admises aujourd hui en droit français : présomptions basées sur la naissance de l'enfant plus de 180 jours après la célébration du mariage ou moins de 300 jours après sa dissolution, et qui remontent jusqu'à Hippocrate. Seulement le droit romain paraît avoir admis la preuve contraire beaucoup plus largement que le droit français [2].

§ IV. — La dissolution du mariage.

278. — **Dissolution du mariage :** La dissolution du mariage peut être volontaire ou forcée :

279. — A. **Dissolution forcée :** Elle résulte :
1° De la mort de l'un des deux époux ;

1 *Epistula* de Trajan (Girard, *Textes*, p. 157-158) « *eis quos patres eorum militiæ susceperunt* (ἀνεῖλαν) *temporibus...* »

2 D. L. 5, *de in jus vocando* (Paul) : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

Digitized by Google

2° De la captivité de l'un d'eux; et, en ce cas, il ne se produit point de *jus postliminii*. Si l'époux captif revient dans sa patrie, il devra contracter un nouveau mariage avec son ancien conjoint si celui-ci est toujours libre. Sous Justinien la femme dont le mari est tombé en captivité est obligée d'attendre cinq ans avant de contracter un nouveau mariage.

Ce que nous venons de dire de la captivité chez l'ennemi s'applique à tous les cas de servitude (*maxima capitis deminutio*, V. n. 341 et s.).

3° De la perte de la cité (*media capitis deminutio*, V. n. 345) puisque le *connubium* n'existe pas avec les pérégrins, et que l'époux qui perd la cité devient pérégrin[1].

280. — 4° Dans le mariage avec *manus*, de la perte des droits de famille (*minima capitis deminutio*) : — La perte des droits de famille est sans influence sur le mariage *sine manu*, à moins que la situation nouvelle de l'époux ne crée un lien de nature à prohiber le *connubium*.

281. — Ainsi, un beau-père adopte son gendre; celui-ci devient le frère adoptif de sa femme et le mariage est dissous. — Cela peut s'éviter d'ailleurs : le beau-père, avant d'adopter son gendre, n'a qu'à émanciper sa fille. Le gendre entre bien dans la famille, mais la fille n'y est plus[2].

282. — B. **Dissolution volontaire : Divorce et répudiation** : Elle se produit soit par

1 C'est la rigueur du droit primitif; elle n'existe plus sous les Sévères : V. D. E. 5, § 1, *de bonis damnat.* (Ulpien) et C. L. 1, *de repudiis* (Alexandre Sévère).

2 Instit. *de nuptiis* 2° *ut quis generum adoptare velit.*

Digitized by Google

le *repudium*, acte d'une volonté unique, soit par le *divortium* qui est, au contraire, un accord de volontés. Le divorce par consentement mutuel n'existait peut-être pas, dans le principe, pour les *nuptiæ confarreatæ;* il s'introduisit dans tous les cas à partir d'une certaine époque, puisqu'il est fait mention dans les textes d'une *diffareatio*, — sauf pour le mariage du flamine diale qui était indissoluble[1].

283. — En dehors des *nuptiæ confarreatæ*, le *divortium* a toujours été admis, quoique rare pendant les cinq premiers siècles de Rome, et la convention *ne diverteretur* passait pour contraire à la loi[2].

284. — Aboli par Justin il fut rétabli presque aussitôt par Justinien : l'indissolubilité du mariage n'a prévalu dans le droit chrétien qu'en Occident et vers le commencement du IXe siècle.

285. — Le *repudium* émane soit de la volonté unilatérale d'un des époux, soit même de la volonté du chef de famille : un père de famille pouvait rompre le mariage de sa fille sans le consentement de celle-ci (pourvu que le mariage eût été fait sans *conventio in manum*, car dans ce cas, la puissance paternelle était éteinte[3]).

286. — A l'époque des Antonins (sous Antonin le Pieux, d'après Paul, sous Marc-Aurèle si l'on en croit une constitution de Dioclétien et Maximien) il fut interdit à un père de rompre le

1 Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 10, 15, conf. Esmein (*Mélanges*), p. 17.
2 Code, L. 2. *de. inut. stip.* (Alexandre Sévère).
3 Cicéron, *Rhétorique*, 2, 24.

Digitized by Google

mariage de sa fille sans le consentement de celle-ci *nisi adjecta filiæ persona*[1] ».

287. — Le *repudium* a persisté jusque sous le droit chrétien qui s'est contenté de punir les répudiations *injustifiées*, mais sans jamais contester le principe de l'institution[2].

288. — **Formes du divorce et de la répudiation :** Le divorce a lieu par le simple accord de volontés sans aucune forme particulière.

D'après la loi *Julia de adulteriis*, le *repudium* exige la notification faite en présence de sept témoins d'un *libellus repudii*[3].

§ V. — Les seconds mariages.

289. — **Seconds mariages :** Chez nous, la femme veuve ou divorcée ne peut se remarier qu'au bout de dix mois (pour éviter la *turbatio sanguinis* confusion de part). Les règles du droit romain étaient moins fixes. La loi Julia n'atteignait la femme comme *cælebs* qu'un an après la mort de son mari, mais elle l'atteignait six mois après le divorce : donc le délai de viduité ne dépassait pas six mois dans ce second cas[4]. Le droit chrétien interdit à la femme de se remarier avant un an[5].

La femme de l'*hostis*, du condamné pour haute trahison (*perduellio damnatus*), de certains suicidés, pouvait, à l'époque classique, se remarier immédiatement[6].

1 Paul (*Sent.*), 5. 61. 5.; C. *de repud.*, 5.
2 Nov. 22; nov. 117.
3 Juvénal, *Sat.* 6, vers 147.
4 Ulpien, *Reg.*, 14, 1.
5 Code, *De sec. nupt.*, L. 2 (Gratien, Valentinien III et Théodose II).
6 Nératius cité par Ulpien, D. L. 11, *De his qui notant. infam.*

Digitized by Google

290. — Le sénatus-consulte Plancien, rendu sous Hadrien ou peu avant, oblige la femme enceinte au moment du divorce à déclarer sa grossesse dans les trente jours, et le fragm. 1. du Digeste de *agnoscendis liberis* nous fait connaître en détail les précautions minutieuses qui sont ou pourront être prises par le mari pour empêcher une supposition de part.

291. — Le droit païen est favorable aux seconds mariages : il pousse par tous les moyens possibles la femme veuve, divorcée ou répudiée à contracter une nouvelle union. C'est ainsi que les hommes et les femmes non remariés dans un certain délai sont atteints par les lois *caducaires* (lois *Julia et Pappia Poppea* qui privent du bénéfice des libéralités testamentaires les *cælibes* et les *orbi*, V. *infrà*, n. 899).

SECTION II

L'adoption.

§ I. — L'adoption en général.

292. — **De l'adoption en général :** L'adoption *lato sensu* est un procédé de droit civil destiné à faire naître artificiellement la *patria potestas* au profit d'un chef de famille sur une personne qui n'y est pas soumise en vertu de sa naissance.

Cette personne peut être absolument étrangère à l'adoptant, — elle peut aussi lui être unie par la filiation naturelle comme un *liber naturalis;* — ou par le lien de la cognation, comme, par exemple, lorsqu'un grand-père maternel adopte l'enfant né des *justæ nuptiæ* de sa fille.

293. — Les Romains attachaient une grande importance à l'adoption qui était un moyen d'em-

Digitized by Google

pêcher les *sacra privata* de s'éteindre lorsqu'il n'existait pas de descendants pour les perpétuer.

294. — L'adoption avait parfois pour but la satisfaction d'un intérêt politique. Ainsi Clodius, patricien, s'était fait adopter par le plébéien Fontéius pour briguer une magistrature plébéienne, le tribunat[1].

295. — **Conditions de fond de l'adoption :** 1° Dans le dernier état du droit, l'adoptant doit avoir la puberté pleine c'est-à-dire dix-huit ans de plus que l'adopté. — Cette exigence avait-elle toujours existé? Il est permis d'en douter : Fontéius était plus jeune que Clodius adopté par lui, et Cicéron, qui critique violemment cette adoption, ne va pas jusqu'à la déclarer nettement illégale. La question était encore controversée au temps de Gaius[2].

296. — 2° L'adoption est interdite aux eunuques parce que l'adoption *imite la nature;* mais elle n'est pas interdite aux personnes atteintes d'impuissance (*spadones*)[3].

297. — 3° L'adoption, au sens général du mot, (V. *infrà*, n. 299) est aussi interdite aux femmes, puisque les femmes ne peuvent exercer la puissance paternelle. — Nous avons cependant un rescrit de Dioclétien et Maximien de 291 qui permet l'*adoption* à une mère qui avait perdu ses enfants; il ne peut s'agir là que d'une adoption restreinte aux seuls effets possibles au profit d'une femme[4].

1 Cicéron, *Pro domo*, 13.
2 Cicéron, *loc. cit.;* Gaius, 1, 106; Inst., *de adopt.*, 5.
3 Girard, *Manuel*, p. 170.
4 Code L. 5, *de adopt.*, Inst., *de adopt.*, 14.

Digitized by Google

298. — Nous aurons, en étudiant l'adoption des personnes *sui juris* (adrogation), à signaler quelques restrictions de plus (V. *infrà*, n. 302).

299. — **Adoption et adrogation** : Adoption est le terme général; mais on distingue en cette matière, l'*adrogation* qui est l'adoption d'une personne *sui juris* (chef de famille) par un autre chef de famille; — et l'*adoption proprement dite* qui s'applique à une personne déjà placée sous l'autorité d'un *paterfamilias* (personne *alieni juris*)[1].

§ II. — L'adrogation.

300. — **Importance de l'adrogation** : L'adrogation présentait une gravité particulière parce qu'elle faisait disparaître une famille en la personne de l'adrogé et, par conséquent, éteignait un culte domestique[2].

301. — **Formes de l'adrogation** : A raison de son importance, l'adrogation ne pouvait se faire qu'avec le concours des pontifes et le consentement du peuple réuni dans les comices curiates (*calatis comitiis*), par conséquent en vertu d'une *loi curiate* votée probablement sous la présidence du grand pontife[3].

D'ailleurs, si le peuple, dans le principe, s'était réuni réellement pour sanctionner les adrogations, plus tard on se contentait de convoquer trente licteurs qui étaient censés représenter les trente curies, et c'était devant ces trente licteurs que se passait l'adrogation.

1 D. L. 1, § 1, *de adopt.* (Modestin).
2 Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 5, 19.
3 *Ibid.*

Digitized by Google

302. — Pour qu'il y eût adrogation, il fallait que l'adrogeant et l'adrogé se présentassent l'un et l'autre devant les comices, par conséquent, qu'ils eussent l'un et l'autre l'accès des comices curiates (nous dirions aujourd'hui « qu'ils fussent *électeurs* »).

C'est ce qui explique pourquoi ni les femmes, ni les pérégrins, ni les esclaves, ni les impubères, ne pouvaient être adrogés : en effet les femmes, les pérégrins, les esclaves, les impubères n'ont pas l'accès des comices[1]. C'est ce qu'exprime, en ce qui concerne les femmes, cette phrase de Gaius : *per populum feminæ non adoptantur* »[2].

303. — **Adrogation par rescrit du prince :** Plus tard, à l'adrogation en vertu d'une loi curiate, s'est substituée l'adrogation par rescrit de l'empereur. Il ne faut pas s'étonner qu'à cette époque l'*adrogation des femmes* soit devenue possible : elle a en effet été introduite ou autorisée par Antonin le Pieux[3].

304. — A la même époque, nous trouvons établie l'adrogation des impubères; seulement on prenait des précautions spéciales pour que l'adrogation ne pût aboutir à la ruine de l'adrogé (V. *infrà*, n. 311)[4].

305. — **Adrogation par testament :** A côté de l'adrogation par une loi curiate, il y avait l'adrogation par testament (improprement appelée souvent adoption testamentaire), dont l'exemple le plus célèbre est l'adoption testamentaire faite par

1 Aulu-Gelle, *Nuits att.*, 5, 19.
2 Conf. Ulpien, Reg., 8, 5.
3 D. L. 21, *De adopt.* (Gaius).
4 Gaius, 1, 102.

Digitized by Google

Jules César en faveur du fils de sa sœur, Octave [1]. On manque de renseignements précis sur cette adrogation, mais on pense assez généralement qu'elle devait être confirmée par une loi curiate.

306. — **Effets de l'adrogation :** Nous avons à examiner les effets de l'adrogation : 1° sur la personne; 2° sur le patrimoine de l'adrogé.

307. — *Effets sur la personne de l'adrogé :* La *patria potestas* avec toutes ses conséquences extrêmes (*jus vitæ necisque*) est acquise à l'adrogeant sur le nouveau *filius familias*.

308. — En revanche, l'adrogé acquiert dans la famille de l'adrogeant tous les droits d'un enfant légitime; il devient l'*heres suus* de l'adrogeant et l'agnat de ses agnats.

Il en résulte, par voie de conséquence, qu'il voit s'élever devant lui tous les obstacles au *connubium* résultant du lien d'agnation (V. *suprà*, n. 265).

309. — Les effets de l'adrogation ne se produisent pas seulement en la personne de l'adrogé, mais aussi en la personne de ses enfants qui deviennent les petits-fils de l'adrogeant. Exemple célèbre à citer en cette matière : Auguste adopta Tibère, mais il le fit seulement après que celui-ci eut adopté Germanicus. Ce qu'Auguste voulait en effet, c'était, tout en complaisant à sa femme Livie, s'assurer Germanicus pour hériter en le faisant son petit-fils. Malheureusement le prédécès de Germanicus donna Tibère pour maître au monde romain [2].

1 Suétone, *Div. Julius*, 83.
2 Inst., *De adopt.*, 11.

Digitized by Google

310. — *Effets sur les biens de l'adrogé :* Le patrimoine tout entier de l'adrogé s'absorbe dans le patrimoine de l'adrogeant.

De là cette conséquence que, si l'adrogé venait à sortir par l'émancipation de la famille dans laquelle il était entré par adrogation, il perdrait son patrimoine.

La loi ne paraît pas s'être émue de ce danger en ce qui concerne les majeurs de 25 ans; mais il semblerait que, depuis Claude, le mineur de 25 ans ne pouvait se donner en adrogation sans le consentement d'un curateur [1].

311. — Ce qui est certain, c'est qu'aux termes d'un rescrit d'Antonin le Pieux, le *paterfamilias* qui adrogeait un impubère était tenu, s'il l'émancipait *ante pubertatem*, de lui restituer son patrimoine; et, si l'émancipation avait lieu sans une juste cause, non seulement l'adrogé avait droit à tout son patrimoine, mais il avait de plus, lors du décès de l'adrogeant, le droit d'exiger le quart de ce qui lui serait revenu dans la succession de celui-ci, s'il n'eût point été émancipé. C'est ce que l'on appelait la *quarte antonine* [2].

312. — Ces restitutions et indemnités étaient assurées au moyen d'un engagement verbal de l'adrogeant garanti par des cautions (fidéjusseurs).

Cet engagement de l'adrogeant et des cautions était reçu par un *servus publicus*, plus tard par un *tabularius*, fonctionnaire subalterne de condition libre, sorte de notaire ou de greffier [3].

1 D. *de adopt.*, 8 (Modestin).
2 D. *Si quid in fraud. patr.* L. 13 (Paul).
3 Inst., *de adopt.*, 3.

Digitized by Google

313. — *Effets sur les dettes de l'adrogé :* L'adrogation (comme toutes les *capitis minutiones*) supprime le patrimoine de l'individu *non seulement en tant qu'actif, mais encore en tant que passif.* L'adrogé n'a plus ni biens ni dettes; seulement, tandis que son actif est recueilli par quelqu'un, ses dettes ne passent à personne : Telle était la rigueur de l'ancien droit[1].

314. — Le préteur s'est cru à bon escient autorisé à remédier à l'injustice choquante de ce système primitif : il donna aux créanciers de l'adrogé une action *de peculio* dont le résultat était de contraindre l'adrogeant à payer les dettes de l'adrogé jusqu'à concurrence du patrimoine de celui-ci, patrimoine que le préteur considère comme un *pécule.* — Ou bien encore, le préteur opérait par voie de *restitutio in integrum;* c'est-à-dire que, remettant les choses au même état qu'avant l'adrogation, il donnait aux créanciers, malgré le droit civil, le droit d'agir sur le patrimoine de leur débiteur comme si l'adrogation n'avait pas eu lieu. — Alors de deux choses l'une : il fallait que l'adrogeant payât, ou les créanciers saisissaient l'actif de l'adrogé qui n'avait pas cessé d'être leur gage, puisqu'il était réputé n'avoir point cessé d'être le patrimoine de leur débiteur[2].

§ III. — L'adoption proprement dite.

315. — **But de l'adoption :** Elle vise non plus un chef de famille, mais un *filius familias :* c'est une personne *alieni juris* qui sort de la *patria*

1 Gaius, 3, 84.
2 *Ibid.*

Digitized by Google

potestas de son chef de famille naturel pour tomber sous la *patria potestas* d'un nouveau *paterfamilias*.

Il faut donc, pour que l'adoption s'accomplisse : 1° Éteindre la puissance de l'ancien *paterfamilias;* 2° créer la *patria potestas* du nouveau chef de famille.

316. — **Formes de l'adoption :** De là la procédure bien romaine de cette opération :

317. — A. *Extinction de la* PATRIA POTESTAS *du premier chef de famille :* On sait que la loi des XII Tables permettait au chef de famille romain de vendre ou plus exactement de manciper ses enfants. Seulement, le fils mancipé ne restait pas indéfiniment *in mancipio*. Le censeur pouvait lui faire rendre la liberté : il retombait alors sous la puissance de son chef de famille qui pouvait le manciper de nouveau. Or la loi des XII Tables avait décidé que cette spéculation ne pourrait être faite que trois fois. Après la troisième mancipation, l'enfant redevenu libre ne retombait plus sous la puissance du chef de famille. « *Si pater filium ter venumduit filius a patre liber esto*[1] ».

Pour arriver à la destruction de la puissance paternelle, les jurisconsultes romains vont utiliser ce principe : le père de famille mancipera son fils trois fois de suite à un compère qui l'affranchira chaque fois; après le troisième affranchissement, le fils ne retombera plus sous la puissance paternelle[2].

318. — *Création de la* PATRIA POTESTAS *du nou-*

1 Ulpien, *Reg.*, 10, 1.
2 Aulu-Gelle, *Nuits att.*, 5, 19; Gaius, 1, 134.

Digitized by Google

veau chef de famille : La besogne n'est qu'à demi faite. L'enfant est libéré de la *patria potestas* de son *paterfamilias*. Il faut encore le soumettre à la puissance de son père adoptif : pour cela on a recours à un autre procédé : la *cessio in jure* qui est le simulacre d'un procès en revendication. L'adoptant et le père de famille se présentent devant le magistrat (il n'est pas nécessaire d'ailleurs que la scène se passe au tribunal) et l'adoptant réclame l'enfant comme son fils. Le père de famille ne contredit point cette prétention et le magistrat, par un acte de juridiction gracieuse, attribue l'enfant à son nouveau *paterfamilias*[1].

318 *bis*. — Une seule mancipation suffit pour éteindre la puissance paternelle au regard des filles et des petits-enfants[2].

319. — **Effets de l'adoption** : 1° *Sur la personne de l'adopté* : L'adopté passe sous la *patria potestas* du père adoptif, *mais il y passe seul* : ses enfants, s'il en a, restent sous la puissance paternelle de leur ancien chef de famille[3].

320. — L'adopté peut entrer dans sa nouvelle famille soit à titre de fils, soit à titre de petit-fils. En ce cas deux hypothèses peuvent se présenter : ou l'adoptant ne désigne point, parmi ses fils, un père à l'adopté, et ce dernier est assimilé à un enfant issu d'un fils prédécédé ; ou l'adoptant attribue son petit-fils adoptif pour enfant à l'un de ses fils nommément désigné. Il faut en ce cas le consentement du fils désigné, parce qu'il est ap-

1 Gaius, 134.
2 *Ibid.*
3 D. *de adop.*, L. 40 *in fine* (Modestin).

Digitized by Google

pelé, en cas de décès de l'adoptant, à exercer la puissance paternelle sur l'adopté, à avoir ce dernier pour *suus heres* et nous avons déjà cité la règle aux termes de laquelle nul ne peut avoir un héritier sien malgré lui « *nemini invito suus heres adgnascatur*[1].

321. — 2° *Sur le nom de l'adopté :* L'adopté perd son nom *gentilice* et ne le conserve qu'à titre de surnom en en transformant la finale pour en faire un adjectif. Ainsi Scipion, le second Africain, n'était point de la *gens Cornelia*, mais bien de la *gens Æmilia* (il était fils du célèbre Paul Emile) : après son adoption il devient *P. Cornelius Scipio Æmilianus*, autrement dit « Scipion Emilien » — C. Octavius devint de même *C. Julius Cæsar Octavianus*[2].

322. — 3° *Sur les droits successoraux de l'adopté* : L'adopté acquiert dans sa nouvelle famille tous les droits successoraux d'un fils ou d'un petit-fils du *paterfamilias*; il devient *suus heres*. En revanche il perd tous ses droits successoraux dans sa famille originaire.

323. — **Réformes de Justinien :** Justinien bouleversa complètement ce système. D'après la loi 10 au Code *de adoptionibus*, l'enfant adoptif ne perd en aucun cas ses droits de succession dans sa famille naturelle, et il en acquiert de nouveaux dans la famille où il entre par adoption.

En ce qui concerne la puissance paternelle, Justinien distingue entre le cas où l'enfant est adopté par un étranger et celui où il est adopté par un de

1 Inst. *de adopt.*, 5, 6, 7.
2 Girard, *Manuel*, p. 174.

Digitized by Google

ses ascendants maternels. — Dans le premier cas, l'adoption est dite *minus plena*, et l'adopté reste sous la puissance paternelle de son chef de famille originaire. L'adoption n'a d'autre effet que de lui conférer des droits de succession dans la famille adoptive. — Dans le second cas, l'adoption est dite *plena*, et l'enfant passe sous la *patria potestas* de l'ascendant maternel qui l'a adopté [1].

SECTION III

La légitimation.

324. — *Liberi naturales; — Spurii :* Les enfants nés hors mariage se divisaient à Rome en deux catégories : 1° ceux qui sont issus d'un concubinat ; 2° ceux qui sont nés de rapports accidentels. Les premiers s'appellent *liberi naturales*, les seconds *spurii* ou *vulgo concepti*. Pour les uns comme pour les autres, il n'existe aucun lien avec le père qui les a engendrés, ce qui a fait dire avec assez d'à-propos qu'à Rome, il n'y a que des *pères légitimes* et des *mères naturelles* (nous savons en effet que la mère légitime n'exerce aucune autorité sur les enfants nés de son mariage).

325. — Les *liberi naturales* ne sont point entachés ; mais pas plus pour eux que pour les *spurii* il n'y a de parenté civile avec leur père et c'est à titre de privilège que Trajan confère aux militaires le droit d'avoir pour héritiers *ab intestat* et seulement au rang des cognats les enfants naturels qu'ils ont eus pendant leur service [2].

1 Code L. 10 *de adopt.* (Justinien).
2 Girard, *Textes*, p. 157.

Digitized by Google

326. — Le droit chrétien a profondément modifié cette situation : à la différence des *spurii*, il a rendu les enfants naturels proprement dits susceptibles de légitimation.

327. — **Légitimation** : La légitimation est un nouveau procédé mis à la disposition des pères naturels pour acquérir la *patria potestas* sur les enfants qu'ils ont eus en dehors des *justæ nuptiæ*.

La légitimation diffère au fond de l'adoption en ce qu'elle ne s'applique qu'au *liber naturalis*, tandis que l'adoption s'appliquait indifféremment au *liber naturalis*, au *spurius* ou à l'*extraneus*.

328. — **Modes de légitimation** : Il y en a trois : 1° la légitimation par *mariage subséquent;* 2° la légitimation par *rescrit du prince;* 3° la légitimation par *oblation à la curie*.

Les deux premiers procédés ne présentent aucune difficulté d'intelligence. Le premier consiste dans un mariage régulier, constaté par un contrat (*instrumentum*) entre les concubins [1]. Le second est un acte de l'omnipotence impériale.

329. — Le troisième mérite quelques explications : il faut se rappeler que la *curie* était le collège des *décurions* magistrats chargés du recouvrement de l'impôt et responsables de sa rentrée. L'honneur d'appartenir à la curie était onéreux et redouté ; aussi les empereurs recouraient-ils à tous les procédés soit de séduction soit de contrainte pour recruter le corps des *décurions* (ou *curiales*) : la légitimation par *oblation à la curie* était un de ces moyens : le *curiale* qui avait un enfant naturel pou-

1 Code L. 5, *de nat. lib.* Zénon; Inst. *de nupt.*, 13.

Digitized by Google

vait le légitimer rien qu'en en faisant un membre du collège auquel il appartenait lui-même[1].

CHAPITRE IV

Dissolution de la puissance paternelle.

---

330. — **Causes de dissolution de la puissance paternelle** : La puissance paternelle est dissoute : 1° et 2° par la mort du *paterfamilias* ou du *filius familias;* 3° par les trois diminutions de tête de l'un ou de l'autre ; 4° par l'émancipation ; 5° par l'élévation de l'enfant à certaines dignités; 6° par certaines déchéances pénales prononcées contre le *paterfamilias.*

330 *bis*. — *Mort :* La puissance paternelle s'éteint : 1° par la mort de celui qui y est soumis ;

2° Par la mort de celui qui l'exerce. Mais dans cette hypothèse, les personnes soumises à la *patria potestas*, suivant les cas, deviendront *sui juris* ou tomberont sous la puissance d'un autre chef de famille (par exemple, à la mort d'un grand-père les petits-enfants se trouvent sous la puissance de leur père[2]).

330 *ter*. — *Diminutions de tête :* 3° Par les trois diminutions de tête du père de famille ou du fils de famille (V. *infrà*, n. 344 et s.).

331. — **Emancipation** : 4° Par l'émancipation.

1 Code L. 3, *de nat. lib.* (Théodose II et Valentinien III).
2 *Inst. quib. mod. jus pot. solv.*, pr.

Digitized by Google

L'émancipation est comme on l'a vu plus haut (n. 317) la première partie de l'adoption. On se rappelle que trois ventes successives à un compère suivies de trois affranchissements par celui-ci avaient pour résultat de détruire la puissance paternelle qui était reconstituée au profit du nouveau chef de famille au moyen d'une *in jure cessio*.

Si l'on supprime la deuxième partie de l'adoption, c'est-à-dire l'*in jure cessio*, on aura l'émancipation, puisqu'après le troisième affranchissement par le compère le *filius familias* se trouvera libéré de la puissance paternelle[1].

332. — Nous devons signaler en cette matière l'existence d'un double procédé : 1° On reste sur le dernier affranchissement par le comparse, et c'est celui-ci qui se trouve le patron de l'émancipé. 2° le plus souvent, après la troisième mancipation, au lieu d'affranchir le fils de famille, le comparse le revend au *paterfamilias* qui l'affranchit lui-même et se réserve par suite les droits du patronat.

Toutes ces mesures sont concertées entre le père de famille et l'ami qui se prête à l'opération dans un contrat que l'on appelle *contrat de fiducie*.

333. — **Emancipation Anastasienne** : En 502, sous l'empereur Anastase, on remplaca ces cérémonies par un rescrit de l'empereur; c'est ce qu'on appelle l'*émancipation Anastasienne*[2].

334. — **Emancipation Justinienne** : L'émancipation Anastasienne n'était que facultative et concourait électivement avec l'ancien procédé.

1 Gaius, 1, 132.
2 Code L. 5, *de emanc, liber* (Anastase).

Digitized by Google

Mais quelque trente ans plus tard (en 531) Justinien abolit définitivement le vieux rituel, et faisant allusion à la baguette (*vindicta*) dont on se servait dans l'affranchissement, il déclare qu'il ne veut plus de ces coups de bâton (*rhapismata*) qu'il trouve injurieux; l'émancipation se fera désormais soit par rescrit impérial (*émancipation anastasienne*) soit par une simple déclaration du *paterfamilias* devant le magistrat (*émancipation Justinienne*)[1].

335. — **Extinction de la puissance paternelle par certaines dignités** : 5° La puissance paternelle s'éteignait encore : à l'époque païenne par l'élévation du fils de famille à la dignité de flamine de Jupiter (*flamen dialis*), par l'entrée de la *filia familias* dans le collège des Vestales[2]. Sous Justinien, par l'élévation du *filius familias* aux dignités de patrice, de consul, de préfet du prétoire, de *præfectus urbi*, de *magister militum* et d'évêque[3].

336. — **Déchéance** : 6° Enfin, en droit byzantin, certaines fautes du père, libéraient les enfants de la puissance paternelle, mais sans leur faire perdre leurs droits dans la famille : par exemple l'exposition de l'enfant, le fait de livrer une fille à la prostitution[4].

337. — **Effets de l'émancipation** : L'émancipation a pour effet de faire disparaître complètement l'enfant de la famille. Dans la rigueur de l'ancien droit, le fils de famille émancipé n'avait plus de droits successoraux et se trouvait sans patrimoine. Aussi certains romanistes supposent-ils que, dans le principe, l'émancipation était une peine.

338. — Mais elle changea de caractère[5]; d'abord,

1 Loi 6, *de emanc.* (Justinien); Inst. *Quid modis jus pot. solv.*, 6.
2 Gaius, 130.
3 Inst. *Quib mod. jus pot. solv.* 4; Code L. 66, *de decur.* (Justinien); Novelle 131, ch. 3.
4 C. *de inf. exp.* 2, *de spect.* 6; nov. 12, ch. 2.
5 Paul, *Sent.*, 2, 25, 5 « *Filius familias invitus emancipari non cogitur* ».

Digitized by Google

après la création du pécule castrens, l'enfant émancipé conserva ce pécule (il en fut de même plus tard du pécule *quasi castrense*).

Le pécule profectice étant la propriété du père aurait dû rester au père; mais on en vint à le considérer comme attribué à l'enfant par l'effet d'une libéralité que l'on présumait en cas de silence : pour que le père conservât le pécule profectice il fallait qu'il eût fait des réserves dans l'émancipation[1].

Quant aux biens adventices (dont le père n'avait que l'usufruit) les empereurs chrétiens les attribuèrent à l'enfant, sauf une indemnité au père pour la perte de la jouissance, indemnité qui fut fixée par Constantin au tiers de la pleine propriété et, par une innovation peu heureuse de Justinien, à la moitié de l'usufruit[2].

339. — De bonne heure, le droit prétorien avait fait disparaître la perte des droits successoraux en donnant à l'enfant (V. *infrà*, n. 794) la possession de biens *unde liberi* qui lui permettait de concourir avec les héritiers siens comme s'il ne fût pas sorti de la famille.

340. — Réciproquement le père succédait à son fils prédécédé malgré l'émancipation, mais, pour cela, il n'avait pas été besoin d'une législation nouvelle; le père se trouvait en effet d'ordinaire être le *patron* de l'émancipé, et nous verrons plus loin que c'est le patron qui, à défaut d'enfants, héritait de l'affranchi (V. *infrà*, n. 793 à la note).

1 Frag. Vat. 260.
2 *Inst. Per quas pers. nobis adq.* 2.

Digitized by Google

APPENDICE

aux titres I à III, et aux sections I à IV du titre IV du livre II

Capitis deminutiones.

---

341. — Le *caput :* Le *caput,* c'est la personnalité juridique de l'individu. Il se compose de trois éléments : 1° la liberté ; 2° la cité ; 3° la famille. On en ajoute quelquefois un quatrième qui est la *considération* appelée par les Romains l'*existimatio.*

342. — *Capitis deminutio :* Lorsqu'il y a disparition d'un de ces trois éléments, on dit qu'il y a *capitis deminutio.*

Cette expression éveille-t-elle une idée d'amoindrissement? C'est une des explications que l'on en donne; pourtant on peut objecter que le fils de famille qui est donné en adoption ne subit aucun amoindrissement et que cependant son changement d'état est, de l'aveu de tous les jurisconsultes, une *capitis deminutio*[1].

Il est une autre explication que l'on emprunte à la façon dont étaient tenus les registres du cens : chaque fois qu'une personne est atteinte par une *capitis deminutio,* l'article qui la concerne est biffé sur le registre du cens, sauf à être reporté s'il y a lieu dans un autre chapitre, et le chapitre où elle

1 La théorie citée est celle de Savigny : *contrà,* Gaius, 1, 162.

Digitized by Google

était d'abord portée se trouve ainsi diminué d'un article (*caput*).

Ce serait cette suppression d'un *caput* sur le registre qui aurait donné lieu à l'expression « *capitis deminutio* ».

343. — **Diverses diminutions de tête** : Il y a trois *capitis deminutiones :* 1° *maxima capitis deminutio*, perte de la liberté; 2° *media capitis deminutio*, perte du droit de cité; 3° *minima capitis deminutio*, perte des droits de famille.

344. — *Maxima capitis deminutio* (*perte de la liberté*) : résulte de la captivité; mais cela est plus théorique que pratique car la captivité se trouve effacée, en cas de retour, par le *jus postliminii* (V. *suprà*, n. 121), et, en cas de mort chez l'ennemi, par la fiction de la loi Cornelia (V. *suprà*, n. 123).

Très pratiquement, au contraire, la liberté est perdue par l'effet de certaines condamnations (V. *suprà*, n. 130).

Très réellement encore, il y a perte de la liberté pour l'homme libre qui s'est fait vendre par un compère (V. *suprà*, n. 125).

345. — *Media capitis deminutio* (*perte de la cité*) : elle résulte aussi de certaines condamnations (V. *suprà*, n. 188).

346. — *Minima capitis deminutio :* Quant à la *minima capitis deminutio*, elle se produit toutes les fois qu'un individu restant libre et citoyen, perd ses droits de famille. Ex. une femme qui tombe sous la *manus*, un chef de famille qui se fait adroger, un fils de famille donné en adoption,

Digitized by Google

un enfant légitimé (l'enfant légitimé sort de la famille de sa mère pour tomber sous la puissance paternelle).

347. — **Effets de la** *capitis deminutio* : Le principe fondamental en cette matière est que la capacité civile du *capite minutus* est anéantie par une sorte de *mort civile :*

348. — Au point de vue de la personne, tous les liens de la parenté civile basés sur la puissance sont rompus; — les liens de la parenté naturelle subsistent, d'où il résulte que la *capitis deminutio*, qui produisait des effets énormes à l'époque où la parenté civile était tout, est devenue assez peu de chose à l'époque où les liens naturels l'emportent sur la parenté civile.

349. — Au point de vue des biens, la *capitis deminutio* supprime le patrimoine du *capite minutus* aussi bien en tant que passif qu'en tant qu'actif. Nous avons déjà étudié cette théorie dans ses conséquences les plus intéressantes en traitant de l'adrogation; nous renvoyons donc aux explications précédemment données (V. *suprà*, n. 310 et s.).

349 *bis*. — En cas de *capitis deminutio media* ou *maxima*, il ne peut y avoir place pour la *restitutio in integrum :* mais le préteur donne action aux créanciers du *capite minutus* contre celui qui a bénéficié de son patrimoine, et, si celui-ci refuse de payer, on procède à la saisie des biens du *capite minutus*.

Telle est la théorie prétorienne; mais, comme la plupart du temps, la personne qui bénéficie du patrimoine du condamné, n'est autre que l'État, la saisie devient impossible. Alors que faire?

La question fût peut-être demeurée insoluble si l'État, lorsqu'il confisquait les biens d'un *capite minutus*, n'eût pris l'habitude de payer les dettes à concurrence de l'actif.

Digitized by Google

350. — **Réformes du droit byzantin** : Les effets de la *capitis deminutio minima* ont beaucoup changé en droit byzantin : les personnes qui la subissent ne perdent plus leur patrimoine; ce patrimoine se transforme simplement en pécule *castrens*, *quasi castrens* ou *adventice*. Il en résulte qu'il ne cesse pas d'être le gage des créanciers du *capite minutus*, sauf déduction d'une indemnité à attribuer au nouveau chef de famille pour la perte de la jouissance à laquelle il a droit sur les biens adventices[1].

351. — **Atteintes à l'EXISTIMATIO** : L'*existimatio*, élément accessoire du *status* dont nous avons donné la signification plus haut, est atteinte par l'*infamie*, l'*intestabilité* et la *turpitudo*.

352. — 1° *Infamie* : c'est un nom commun sous lequel on englobe des déchéances variées prononcées par des magistrats différents (infamie *censorienne*, *consulaire*, *prétorienne*); ces déchéances peuvent aller depuis l'interdiction de postuler en justice (infamie prétorienne) jusqu'à la privation des droits électoraux (infamie censorienne).

353. — 2° *Intestabilité* : c'est l'incapacité d'être témoin ou de recourir au témoignage d'autrui : elle frappait notamment l'auteur d'un libelle diffamatoire (*carmen famosum*).

354. — 3° *Turpitudo* : déconsidération de fait atteignant, soit en vertu de la loi, soit par suite d'une décision du magistrat, certaines personnes ou certaines professions : la *turpitudo* avait pour conséquence de faire naître certains obstacles au *connubium*, des exclusions de la tutelle, ou des incapacités en matière testamentaire. C'est ainsi qu'aux termes d'une constitution de Domitien, les *mulieres probrosæ*, c'est-à-dire les femmes qui se livraient au proxénétisme (*quæ lenocinium faciebant*) étaient déclarées incapables de recevoir des legs[2].

1 Girard, *Manuel*, (*cap. dem.*), p. 190-191.
2 *Conf.* Machelard (accroissement), p. 76 et s.

Digitized by Google

CHAPITRE V

Les incapacités de fait.

SECTION I

Notions préliminaires.

355. — Nous avons passé en revue les incapacités de droit, qui sont de véritables *morts civiles*. Mais il est possible qu'à raison de certaines circonstances de fait (âge, sexe, état mental), des individus en possession de l'intégrité de leur personnalité (de leur *caput*) se trouvent « hors d'état de jouer dans la vie juridique le rôle qui leur incombe ».

Ces individus sont non plus *incapables de droit*, mais *incapables de fait*. La jouissance de leurs droits est intacte et inattaquée, mais l'exercice de ces droits par eux-mêmes ou tout au moins par *eux seuls* devient un péril dont ils seraient les premières victimes.

C'est pour parer à l'inconvénient de ces situations de fait que la loi a imaginé les tutelles et les curatelles.

SECTION II

La tutelle.

§ 1. — La tutelle en général.

356. — **Origines :** L'institution de la tutelle tient à l'incapacité de fait résultant de l'impuberté, — ou du sexe, — incapacité très réelle dans le premier

Digitized by Google

cas, et, dans le second, incapacité artificielle qui n'est qu'une création des mœurs ou de la loi.

§ II. — La tutelle des impubères.

357. — **Tutelle des impubères :** Il ne suffit pas d'être *sui juris* pour pouvoir gérer ses affaires ; il faut encore avoir l'intelligence nécessaire à cet effet. L'enfant en bas-âge a bien la *capacité de droit* dès qu'il devient chef de famille ; mais la *capacité de fait* lui manque. De là, la tutelle des impubères, c'est-à-dire le placement d'un impubère *sui juris* (*caput liberum* comme le dit la définition de Servius) sous l'autorité et la protection d'une personne (*tutor* de *tueri*, protéger) qui s'occupera de ses affaires à sa place[1].

La tutelle, d'après Servius c'est une *force* et une *puissance* (*vis ac potestas*). Pourquoi une force (*vis*) ? Parce que, au dire de M. Cuq, à l'époque encore primitive de la loi des XII Tables, la force brutale était le moyen normal de défendre sa propriété et il était nécessaire que le tuteur suppléât aux qualités physiques qui faisaient défaut au pupille[2].

358. — **Diverses espèces de tutelle :** Le tuteur peut être désigné soit par le testament du chef de famille de l'impubère, soit par la loi, soit par les magistrats, soit par suite d'une convention dite de fiducie. De là quatre sortes de tutelles : 1° la tutelle testamentaire ; 2° la tutelle légitime ; 3° la tutelle déférée par le magistrat ; 4° la tutelle fiduciaire.

1 Inst. *de tutelis*, 1, 2.
2 Cuq, *Institutions*, t. 1, p. 308.

Digitized by Google

359. — 1° *Tutelle testamentaire*[1] : Cette tutelle ne nécessite aucun développement : elle est déférée par le testament du *paterfamilias* et son existence dépend de la validité du testament. Il est toutefois important de retenir que la désignation d'un tuteur par le chef de famille, même quand ce tuteur se fait excuser, n'est nommé qu'*ad tempus* ou prédécède, suffit toujours à écarter la tutelle légitime. Dans la disposition du testateur, on voit à la fois un acte de confiance dans le tuteur qu'il désigne, un acte de défiance vis-à-vis des tuteurs légitimes qu'il répudie : si la nomination du tuteur désigné ne vaut pas, l'acte de défiance reste et suffit pour que le tuteur qui sera nommé à défaut du tuteur testamentaire doive être désigné par le magistrat[2].

360. — 2° *Tutelle légitime* : C'est celle qui découle de la loi et particulièrement de la loi des XII Tables. Le principe qui domine cette matière se formule dans l'adage : « *Ubi emolumentum successionis, ibi onus tutelæ*[3] ».

Il n'y a en réalité que deux tutelles légitimes : celle des agnats et celle des patrons.

L'agnat qui exercera la tutelle est celui qui est appelé à l'hérédité; s'il y a plusieurs agnats au même degré, ils se partagent la tutelle comme ils se partageraient la succession de l'impubère si celui-ci venait à mourir[4].

La tutelle des patrons repose sur le même principe. C'est le patron qui est appelé à l'hérédité de

1 Cette tutelle remonte aux XII Tables. « *Uti legassit super pecunia TUTELAVE suæ rei, ita jus esto* (Ulpien, *Reg.*, II, 14).
2 D. 26. 2. 11, §§ 3 et 4 (Ulpien) — D. 26. 4. 6 (Paul).
3 Ulp., *Reg.*, II, 3.
4 Inst. *de cap. min.*, 7.

Digitized by Google

l'affranchi, c'est donc lui qui doit exercer la tutelle*[1].

361. — 3° *Tutelle fiduciaire :* à ces deux tutelles légitimes on ajoute ordinairement celle du *père de l'enfant émancipé ;* mais cette tutelle n'est appelée légitime que par respect pour le père émancipateur ; elle appartient, dans la vérité, à une autre catégorie de tutelles que les Romains appelaient *tutelles fiduciaires.*

Prenons la procédure de l'émancipation telle que nous l'avons exposée : Un *paterfamilias* mancipe trois fois son fils à un comparse qui l'affranchit trois fois : quel devrait être le patron de l'émancipé? Evidemment le tiers *manumissor.*

Mais par une convention de *fiducie*, le père s'est réservé le dernier affranchissement. Ce n'est qu'en vertu de cette convention de *fiducie* que le fils rentre dans la famille pendant un instant de raison, alors que la *patria potestas* est déjà épuisée par trois ventes successives. Le père ne tire plus ses droits de la loi, mais de la convention de fiducie; s'il devient tuteur, c'est en vertu de cette convention. Il ne reçoit donc le nom de *tuteur légitime* que par déférence : la preuve, c'est que la tutelle reprend le nom de *fiduciaire* lorsqu'elle passe aux enfants de l'émancipateur (Inst., § 1, *de legitima parentum tutela*).

362. — Pourquoi cette tutelle n'est-elle pas une tutelle légitime comme celle des fils du patron de

* 1 Inst., *de leg. patr. tut.* Une particularité est à signaler ici. Quand deux individus ont sur un esclave l'un le domaine *quiritaire*, l'autre le domaine *bonitaire* (V. *infrà*, n. 597 et s.), d'après la loi Julia Norbana, la tutelle appartient après affranchissement au propriétaire quiritaire bien que l'hérédité appartienne à celui qui a l'esclave *in bonis* (Ulp., *Reg.*, II, 19).

Digitized by Google

l'affranchi? *Parce qu'il n'y a pas vocation à l'hérédité :* ceux qui deviennent tuteurs n'héritent pas du pupille; donc, puisque la tutelle légitime n'est qu'une conséquence de l'hérédité présomptive, leur tutelle n'est pas légitime [1]...

363. — 4° *Tutelle déférée par les magistrats :* Il y a lieu à cette tutelle lorsqu'il n'y a pas de tuteurs légitimes, ou qu'une désignation, suivie ou non d'effet, d'un tuteur testamentaire a manifesté les défiances du chef de famille à l'égard des tuteurs légitimes [2] (V. *suprà*, n. 359).

364. — Les tuteurs nommés par les magistrats sont appelés tuteurs *Atiliens*, et tuteurs *Juliotitiens*, du nom de la loi *Atilia* qui les a institués pour la ville de Rome, et des lois *Julia* et *Titia* qui les ont établis dans les provinces.

365. — Les magistrats qui nommaient les tuteurs étaient, à Rome, le préteur conjointement avec la majorité des tribuns de la plèbe, dans les provinces, les *præsides*. La loi Atilia est antérieure à 557; on voit, en effet, en cette année, l'affranchie Hispala Fescennia, qui avait révélé les mystères des Bacchanales, demandant un tuteur au préteur urbain et aux tribuns de la plèbe. Donc la loi Atilia était rendue.

Claude transféra la nomination des tuteurs aux consuls [3], et Marc-Aurèle la confia à un préteur spécial *prætor tutelaris* [4].

Quant aux lois *Julia* et *Titia* (quelques auteurs

1 Inst., *De fid. tutela*, § 1.
2 Inst., *De Atil. tut.*, pr., et § 1.
3 Suétone, D. *Claud.*, 23.
4 Julius Capitolinus, *M. Antonini, philos. vita*, 10.

Digitized by Google

croient qu'il s'agit d'une loi unique, la loi *Julia Titia*), elles datent du règne d'*Auguste*.

366. — Les tuteurs des enfants de grande famille étaient désignés par le *præfectus urbi*.

367. — **Administration du tuteur** : L'intervention du tuteur se manifeste sous deux formes[1].

1° Le tuteur *negotia gerit* : c'est-à-dire qu'il agit seul pour le compte du pupille;

2° Le tuteur *auctoritatem interponit*, c'est-à-dire qu'il prête son assistance à l'acte fait par le pupille lui-même. « *Auctor-ne fis?* » demande au tuteur, la personne qui contracte avec le pupille, « *Auctor fio* », répond le tuteur[2].

368. — Le procédé de la *negotiorum gestio* fait naître bien des complications par suite de la théorie romaine de la *non représentation*. Dans les contrats où le tuteur figure seul, il agit pour son compte; c'est lui qui devient créancier, débiteur, acquéreur, sauf à rétrocéder plus tard au pupille le bénéfice des contrats qu'il a pu conclure dans son intérêt. Mais malgré les inconvénients qu'il présente, le procédé de la *negotiorum gestio* s'impose tant que le pupille n'est pas matériellement capable de figurer lui-même dans un acte.

369. — Aussi les Romains distinguaient-ils dans l'état de pupillarité trois périodes : 1° la période d'*infantia* (*in* privatif, *fari* parler); 2° la période *infantiæ proxima*; 3° la période *pubertati proxima*. Pendant les deux premières, le tuteur est bien obligé de recourir aux procédés de la *negotiorum gestio* puisque le pupille est incapable de parler ou tout au moins de comprendre ce qu'il fait. Pendant la troisième, le tuteur fait intervenir le pupille en

1 Ulpien, *Reg.*, 11, 25.
2 Paul, D. 26. 8. 3.

Digitized by Google

personne dans les actes et se contente d'interposer son *auctoritas*.

370. — Il y a des cas où, même pendant les deux premières périodes, le recours à la *negotiorum gestio* est impossible : c'est lorsqu'il s'agit d'un de ces actes que le droit romain appelait *actus legitimi* et qui n'admettaient pas la représentation : de ce nombre sont la *legis actio* en justice, la mancipation, l'acceptation d'une succession, et l'acceptilation (remise ou quittance en forme civile d'une créance existant au profit du pupille).

371. — Pour la *legis actio*, le droit se relâcha de sa rigueur primitive, et il fut permis au tuteur d'agir en justice au nom de l'impubère (*lege agere pro tutela*)[1].

372. — S'agissait-il de l'acceptation d'une succession échue au pupille? Dans le droit ancien on faisait accepter l'hérédité par un esclave du pupille: plus tard le droit prétorien permit au tuteur de faire adition d'hérédité pour le pupille; mais en ce cas le pupille était un simple héritier prétorien, un *bonorum possessor*. En droit byzantin l'adition d'hérédité faite par le tuteur finit par rendre le pupille héritier civil[2].

373. — L'intervention d'un esclave du pupille semble avoir été également le procédé indiqué pour permettre au pupille *infans* d'acquérir la propriété au moyen d'une mancipation[3].

374. — L'acceptilation exigeait des manœuvres encore plus compliquées car elle ne pouvait être faite par un esclave. On

1 Inst., *De iis per quos agere possumus* pr.

2 C. L. 18, § 2 de *jure delib.* (Théodose II et Valentinien III). Le pupille en tout cas ne pouvait accepter une succession sans l'autorisation de son tuteur. V. Labbé, *append.* au 2 vol. Ortolan, *Instit.*, p. 705.

3 Conf. Cuq, *L'ancien droit*, p. 194.

Digitized by Google

recourait à une *novation*, c'est-à-dire que le tuteur se portait créancier ou débiteur à la place du pupille, et l'extinction de la nouvelle dette ou de la nouvelle créance ainsi constituée se passait entre le tuteur et l'individu qui, originairement débiteur ou créancier du pupille, était devenu, par suite de la novation, débiteur ou créancier du tuteur [1].

375. — **Actes interdits au tuteur :** Le tuteur ne pouvait, sous quelque forme et par quelque procédé que ce fût :

1° Disposer à titre gratuit (c'est-à-dire par donation) des biens du mineur [2].

2° Affranchir ses esclaves.

3° Aliéner, depuis un sénatus-consulte de Septime Sévère (*oratio Severi*), les *prædia rustica* ou *suburbana* du mineur (exploitations rurales et domaines d'agrément situés dans la banlieue de Rome) [3]. Cette prohibition fut étendue par Constantin aux *prædia urbana* et aux meubles précieux [4].

L'acte fait par le tuteur en violation du sénatus-consulte était nul, et, pour en invoquer la nullité, le pupille n'était obligé d'invoquer aucune lésion.

376. — *Restitutio in integrum :* Même dans le cas où un acte a été fait par le tuteur dans la limite de ses pouvoirs, le pupille qui est lésé par cet acte peut demander au préteur de le briser. C'est ce qu'on appelle la *restitutio in integrum*. Elle n'est accordée au pupille qu'autant qu'il justifie d'une lésion, et que l'insolvabilité du tuteur ne permet pas à celui-ci de réparer le préjudice

1 D. *de acceptil.*, 13, 10 (Ulpien).
2 D. *de rerum vind.*, 24 (Paul).
3 D. *de reb. eor.*, L. 1, pr.
4 C. L. 22, *de adm. tut.*

Digitized by Google

au moyen d'une indemnité. *Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam læsus*[1].

377. — **Actes faits par le pupille lui-même** : Nous devons enfin examiner la valeur des actes faits par le pupille lui-même sans l'*auctoritas* de son tuteur.

Ces actes sont-ils nuls ou valables? Il faut distinguer : *le pupille est capable de faire sa condition meilleure, mais il est incapable de faire sa condition pire*[2].

C'est-à-dire que, dans les opérations où l'on n'obtient un avantage que moyennant un sacrifice, on analyse l'opération dans ses deux termes. Valable en tant qu'elle procure un avantage au mineur, elle est nulle en tant qu'elle met à sa charge une obligation. Ainsi, que le mineur fasse une vente, il devient bien créancier du prix, mais il ne devient pas débiteur de la chose vendue ; qu'il reçoive un paiement, les deniers reçus en paiement lui sont bien acquis, mais sa créance n'est pas éteinte, et le tuteur pourra en réclamer à nouveau le montant[3].

378. — La rigueur de ces principes est tempérée par l'application de la maxime : « *nemo cum alterius detrimento locupletari potest* ». Je m'explique : un pupille a vendu un objet et il en a utilisé fructueusement le prix. Il ne peut avoir la prétention de garder ce prix dont il a profité et de se faire rendre la chose vendue[4].

1 Girard, *Manuel*, p. 209.
2 Inst. *de auctor. tut.*, pr.
3 D. L. 13, 29, *de act. empt. et vend.* (Ulpien).
4 D. 45; 1, *de auct. et cons.* (Ulpien); L. 59 *de obl. et act.* (Licinius Rufinus).

Digitized by Google

De même, un pupille a reçu un paiement et a fait des deniers touchés un usage profitable : il ne pourra cumuler l'avantage du paiement reçu avec la conservation de sa créance[1].

Mais supposons qu'il ait dissipé les deniers reçus, rien ne l'empêchera, en cas de vente, de revendiquer la chose vendue, en cas de paiement d'une créance, de demander un nouveau paiement[2].

Le cocontractant se trouve donc à la merci du parti plus ou moins avantageux que le pupille tirera du contrat; en fait, il refusera de procéder avec un pupille à un acte dont il n'aurait le bénéfice qu'à condition que le pupille ne dilapidât point les sommes par lui touchées[3].

379. — **Pouvoirs du tuteur sur la personne du pupille :** En droit français, la protection du tuteur s'étend en général sur la personne et le patrimoine du pupille. Il n'en est pas de même en droit romain. Le tuteur n'est chargé que des intérêts pécuniaires de l'impubère. La garde de celui-ci est confiée par le magistrat soit à sa mère, si elle existe, soit à un parent maternel qui n'est pas son héritier présomptif[4].

La *garde noble* de notre droit féodal présentait des dispositions analogues.

380. — **Fin de la tutelle** : La tutelle prend fin soit *ex parte minoris,* soit *ex parte tutoris.*

381. — A. *Ex parte minoris:* 1° par la puberté du pupille.

1 D. 59, *de O et A* (Lic. Rufinus); Gaius, 2, 84.
2 Gaius, *loc. cit.*
3 D. L. 4, *De except.* (Paul).
4 D. *Ubi pup. educ.*, 1, 2, 3, 6.

Digitized by Google

2° Par sa mort.

3° Par les trois diminutions de tête du pupille (en effet, la grande et la petite diminution de tête du pupille en font une personne *alieni juris*. Quant à la moyenne diminution de tête, elle lui enlève la qualité de citoyen romain, et la tutelle *romaine* ne s'exerce que sur les citoyens) [1].

382. — B. *Ex parte tutoris :* 1° par la mort du tuteur.

2° Par sa grande ou sa moyenne diminution de tête; mais il n'y a que la tutelle légitime des agnats qui finit par la petite diminution de tête du tuteur. En effet, en entrant dans une nouvelle famille, le tuteur cesse d'être l'agnat du pupille et ses pouvoirs perdent leur raison d'être.

3° Par la déchéance du tuteur pour cause d'infidélité.

4° Par sa décharge lorsqu'il se trouve dans un cas d'excuse *a suscepta tutela* (V. *infrà*, n. 391) [2].

5° Par l'expiration du temps s'il n'a été nommé tuteur que pour une période déterminée (ce mode d'extinction n'est applicable qu'à la tutelle testamentaire) [3].

383. — **Compte de tutelle** : Le tuteur a à rendre compte de sa gestion soit au pupille devenu pubère, soit au nouveau tuteur si ses fonctions prennent fin avant la puberté du pupille, soit aux héritiers du pupille, si la tutelle prend fin par la mort de celui-ci.

384. — **Responsabilité du tuteur** : 1° Ac-

1 Inst., *Quib. mod. tutela finitur.*
2 *Ibid.*
3 *Ibid.*

Digitized by Google

tion *rationibus distrahendis*. Dans le droit ancien il existait contre le tuteur infidèle une action pénale, peut-être contemporaine de la loi des XII Tables, et appelée action *rationibus distrahendis*. Elle avait pour objet et pour conséquence de faire condamner le tuteur envers le pupille à une amende double de la valeur des objets détournés [1].

Elle ne visait que les faits d'infidélité et non le préjudice causé par un tuteur à la fois honnête et incapable, et, comme toutes les actions pénales, elle ne passait pas contre les héritiers du tuteur [2].

385. — 2° *Crimen suspecti :* Le pupille était encore protégé par le *crimen suspecti*, action en déchéance contre le tuteur suspect. Cette seconde action est une *action publique*, c'est-à-dire qu'à Rome, où il n'existe point de *ministère public*, l'action peut être intentée par le premier venu : elle était ouverte même aux femmes qui avaient avec le pupille des rapports de famille ou d'affection [3]. — Le *crimen suspecti* remonte aux XII Tables [4].

386. — 3° *Actio directa tutelæ :* La sanction de la responsabilité du tuteur revêtit sa forme définitive lors de la création de l'*actio directa tutelæ* que nous ne croyons point antérieure à la loi *Æbutia*, et qui a une portée générale : fautes ou malversations, elle englobe toutes les atteintes au patrimoine du pupille [5]. — Le tuteur qui a fait des dépenses pour la gestion de la tutelle a lui-même contre le pupille, à l'effet de se faire rembourser

1 D. *De tut. et rat. dist.*, 1, 20.
2 *Ibid.*, 1, 23.
3 Inst., *de suspect. tut.*, pr.
4 *Ibid.*, § 3.
5 D. L. 1, 21, *de tut. et rat. dist.* (Ulpien).

Digitized by Google

de ses avances, une action concurrente appelée *actio contraria tutelæ*[1].

387. — **Garanties du pupille** : La créance du pupille a été successivement protégée.

1° Vers l'époque de Claude par la *satisdatio rem pupilli salvam fore* : cette sûreté consistait dans une promesse du tuteur garantie par des cautions (fidéjusseurs).

L'interrogation nécessaire à la stipulation (*Spondes ne ?*) était prononcée par le pupille lui-même. Si le pupille était *infans*, on faisait intervenir pour stipuler à sa place un de ses esclaves ; — s'il n'avait pas d'esclave, on lui en achetait un ; — s'il n'existait point d'argent pour faire cette acquisition, les paroles de la stipulation étaient prononcées par un esclave public. — Le *servus publicus* appartenant en effet à tout le peuple romain appartenait par là même au pupille comme aux autres citoyens. Cet esclave acquérait la garantie promise au profit du pupille en vertu du principe d'après lequel l'esclave commun à plusieurs maîtres peut acquérir à l'un d'eux le bénéfice exclusif d'un contrat s'il stipule nommément pour le compte de celui-ci[2].

388. — 2° Aux termes d'un sénatus-consulte rendu sous Trajan[3], par une action subsidiaire (*actio subsidiaria*) qui lui est donnée, en cas d'insolvabilité de son tuteur[4], contre les magistrats *nominatores tutorum*. Il ne faut pas voir dans ces *nominatores tutorum* les hauts magistrats investis

1 D. L. 1, pr. *de contrar. tut.* (Ulpien).
2 D. L. 2, *Rem pup. salv. fore* (Ulpien).
3 Code L. 5, *de mag. conv.* (Diocl. et Maxim.).
4 Code, L. 4, *de mag. conveniendis* (Gordien).

Digitized by Google

de la mission de nommer les tuteurs, mais les fonctionnaires subalternes chargés de faire sur la solvabilité des tuteurs une enquête préalable à leur nomination, et d'accepter les cautions présentées[1].

389. — 3° A l'époque classique par un *privilegium inter personales actiones* qui lui permet de se faire payer avant les créanciers chirographaires, mais après les créanciers hypothécaires du tuteur[2].

390. — 4° Depuis Constantin par une hypothèque tacite sur les biens du tuteur prenant rang du jour de l'ouverture de la tutelle[3].

391. — **Excuses et décharges**[4] : La tutelle est une charge publique (*munus publicum*), c'est-à-dire que, pas plus en droit romain qu'en droit français, on ne peut s'y soustraire à moins d'être dans un cas d'exemption, un cas d'*excuse* pour employer le terme consacré.

Les excuses se divisent en excuses *a suscipienda tutela*, — ou excuses tout court, — qui dispensent d'accepter la tutelle, et en décharges (*excusationes a suscepta tutela*) qui permettent de se faire délivrer du fardeau d'une tutelle entreprise.

Les principales excuses sont :

1° Le nombre de trois enfants vivants à Rome, ou de quatre en Italie, ou de cinq dans les provinces; les enfants morts sous les drapeaux comptent comme s'ils vivaient encore.

1 Instit., *de satisd. tut.* 4.
2 D. *de tut. et rat. dist.* L. 22 (Paul) ; L. 25 (Hermogénien).
3 Code, L. 20, *de adm. tut.*
4 V. Instit., Liv. 1, tit. XXV *de excusationibus tutorum vel curatorum.*

Digitized by Google

2° Trois charges de tutelle en cours. Mais les tutelles se comptent par le nombre des patrimoines à gérer et non par le nombre des pupilles.

3° Certaines fonctions publiques : par exemple, celle des administrateurs du fisc; celles qui obligent à l'absence en vue d'un service public.

4° La pauvreté.

5° Une mauvaise santé.

6° L'ignorance d'un illettré.

7° L'âge de plus de 70 ans, etc.

La survenance des fonctions publiques visées au 3e alinéa, ci-dessus, la pauvreté, la maladie, l'âge de 70 ans sont des décharges en même temps que des excuses.

392. — **Incapacités**[1] : Il ne faut pas confondre les excuses avec les cas d'incapacité.

Sont incapables d'être tuteurs: 1° Les pérégrins; — 2° Les impubères; — mais non les fils de famille pubères. — 3° Les femmes. Justinien toutefois a décidé que la mère et la grand'mère pouvaient être tutrices. — 4° Les militaires (au moins au temps de Justinien). — 5° Le muet. — 6° Le sourd. — 7° Le fou. — 8° Sous Justinien, le mineur de 25 ans.

L'incapable ne peut être tuteur quand même il le voudrait. Si l'excusable n'est point tuteur, ce n'est qu'autant qu'il le veut bien : il est même obligé de faire valoir ses causes d'excuses, s'il veut échapper aux fonctions qui lui sont dévolues par le testateur, la loi ou la désignation des magistrats.

1 Institutes, *loc. cit.*

Digitized by Google

§ III. — La tutelle des femmes.

393. — **Généralités** : La tutelle des femmes était perpétuelle[1] : elle existait encore à l'époque de Dioclétien, mais elle s'était singulièrement atténuée dès la fin de la République.

La femme en tutelle peut, au commencement de l'empire, disposer de son patrimoine, — excepté des *res mancipi*. L'intervention du tuteur par voie d'*auctoritas* n'est requise que pour certains actes exceptionnels[2].

Encore les tuteurs autres que les tuteurs légitimes peuvent-ils être contraints à donner leur *auctoritas*[3] : — d'où il résulte qu'après la loi Claudia qui abolit la tutelle légitime des agnats sur les femmes, la tutelle des femmes cessa d'être sérieuse[4].

394. — **Tutelle légitime et tutelle testamentaire** : Il n'était pas rare qu'un mari désignât par testament le tuteur de sa veuve. Très souvent il laissait à celle-ci le soin de choisir elle-même ce tuteur qu'on appelait alors *tuteur optif* : « *Titiæ uxori meæ optionem do*[5] ».

395. — A défaut de tuteur testamentaire il y avait lieu à la tutelle légitime des agnats[6]. — V. *suprà*, ce qui a été dit de la *coemptio tutelæ evitandæ causa* (n. 250).

396. — *Jus liberorum* : Depuis les premiers

1 Gaius, 1, 144.
2 Ulpien, *Reg.*, II, 27.
3 Gaius, 1, 192.
4 Ulpien, *Reg.*, II, 8.
5 Gaius, 1, 150, 154.
6 Qui a disparu sous Claude.

Digitized by Google

temps de l'Empire, les femmes échappent à la tutelle quand elles ont acquis le *jus liberorum*[1] concédé à la femme ingénue qui a eu trois enfants (*ter enixa*), ou à l'affranchie qui en a eu quatre; peu importe que ces enfants soient ou non légitimes.

Le jour où Théodose et Honorius concédèrent le *jus liberorum* à toutes les femmes de l'empire, la tutelle des femmes disparut définitivement[2].

397. — *Tutor cessicius :* La tutelle d'un impubère ne peut faire l'objet d'une cession : il n'en est pas de même de la tutelle des femmes. Le cessionnaire de la tutelle est appelé, en ce cas, *cessicius tutor.* La raison de cette différence paraît être que la tutelle des impubères doit nécessairement avoir un terme, tandis que la tutelle d'une femme pouvait durer indéfiniment si l'on n'était pas autorisé à s'en débarrasser[3].

SECTION III

Les curatelles.

§ I. — De la curatelle en général.

398. — **Sources de la curatelle :** Il n'y a pas que les impubères et les femmes qui soient incapables de gérer leurs affaires; il peut se présenter un nombre infini d'incapacités accidentelles dont les plus importantes sont les divers dérangements des facultés mentales, la prodigalité qui peut passer pour la conséquence d'une faiblesse de cerveau.

1 Gaius, 1, 145.
2 Code *de jure lib.*, 1.
3 Gaius, 1, 167, 169. La cession de la tutelle se faisait au moyen d'une *in jure cessio.*

Digitized by Google

Le pubère lui-même, lorsqu'il a atteint l'âge de 14 ans est d'une capacité fort discutable.

Aux incapacités accidentelles, le droit romain porta remède, autant qu'il put, par l'institution des curateurs.

399. — Les principales curatelles sont celles du *furiosus*, du *mente captus*, du prodigue, du pubère mineur de 25 ans[1]. Il est impossible de formuler des règles générales sur les pouvoirs et l'administration des curateurs. Les pouvoirs et les modes d'intervention varient avec les diverses curatelles.

§ II. — Curatelle du fou.

400. — *Furiosi et mente capti :* Le *furiosus* est le fou qui a des intervalles lucides; le *mente captus*, le fou qui n'en a pas. La loi des XII Tables avait établi la curatelle pour le *furiosus* seulement.

401. — Le *mente captus* était considéré comme n'ayant pas besoin de curateur, parce que son état, qui le rendait incapable de volonté, frappait tous ses actes de nullité absolue et, par cela même, le protégeait suffisamment.

Plus tard l'institution de la curatelle fut étendue par le préteur à tous les aliénés.

402. — La curatelle des fous pouvait être testamentaire, légitime ou déférée par le magistrat[2].

1 Citons en outre : le curateur donné à l'impubère quand ses intérêts sont en conflit avec ceux du tuteur, et qui a remplacé le *prætorius tutor* de l'ancien droit; — le curateur *ad ventrem* donné à un enfant simplement conçu qui peut être appelé à une succession, — le curateur des biens d'un captif ou d'une hérédité jacente, etc.

2 C. L. 2, *de contr. empt.* (Dioclétien et Maxim.).

Digitized by Google

403. — **Administration du curateur du fou :** Il faut à nouveau distinguer entre le curateur du *mente captus* et celui du *furiosus*.

Si le *furiosus* est dans un intervalle lucide, il peut et doit agir seul[1]; s'il est dans un accès de folie, le curateur agit à sa place par voie de *negotiorum gestio*.

Le *mente captus* n'ayant pas d'intervalles lucides, c'est toujours le curateur qui gère pour lui.

Ainsi donc en cette matière *il n'y a jamais lieu à l'intervention du curateur par voie d'assistance :* le curateur opère seul, — ou pas du tout.

§ III. — Curatelle du prodigue.

404. — **Décret d'interdiction** : Celui qui dilapidait les biens familiaux dont il avait hérité *ab intestat* (*bona paterna avitaque*) était, dès l'époque des XII Tables, frappé d'interdiction par le magistrat : « *quando*, disait le décret, *bona paterna avitaque tua nequitia disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis ob eam rem tibi ea re* (ou *ære?*) *commercioque interdico*[2] ». — A l'époque classique, on a cessé de considérer l'origine des biens gaspillés par le prodigue, pour l'interdire et le soumettre à la curatelle.

405. — **Curatelle du prodigue** : La curatelle du prodigue appartenait à ses agnats; à défaut d'agnats, le curateur était nommé par les magistrats[3].

406. — **Administration du curateur :** On

1 Ulpien, *Reg.*, 12, 2, Code L. 7, 6, *de cur. fur. vel. prod.*
2 Paul, *Sent.*, 3, 4a, 7.
3 Ulpien, *Reg.*, 12, 2 et 3.

Digitized by Google

a longtemps enseigné que le prodigue agissait avec l'assistance (*consensus*) de son curateur, comme, en droit français, le majeur pourvu d'un conseil judiciaire. — Cette doctrine est aujourd'hui très attaquée et l'on pense que le curateur du prodique agissait par voie de *negotiorum gestio*[1].

407. — **Actes personnels du prodigue** : Le prodigue est comme le mineur, incapable de faire sa condition pire. A la différence du mineur, il peut faire une adition d'hérédité.

§ IV. — Curatelle des mineurs de 25 ans.

408. — **Historique** : La situation juridique des mineurs de 25 ans a passé par cinq périodes :

1re Période : antérieure à la loi *Plætoria* (ou période de pleine capacité du pubère mineur de 25 ans).

2e Période : de la loi Plætoria à l'édit du préteur sur la *restitutio in integrum*.

3e Période : de la *restitutio in integrum* accordée par l'édit, à la constitution de Marc-Aurèle, ou période des curateurs accidentels.

4e Période : de la constitution de Marc-Aurèle à Dioclétien et Maximien (293), ou période des curateurs permanents.

5e Période : période d'incapacité (postérieure à 293, apr. J.-C.).

409. — **Loi Plætoria** : Dans le principe, le pubère devenait absolument capable de tous les actes de la vie civile à l'âge de 14 ans. La première restriction à sa capacité a été portée par la loi Plætoria

1 Girard, *Manuel*, p. 221. — *Contrà*, Accarias, *Précis*, 1, p. 142.

Digitized by Google

(vers 563 de R.) que l'on appelait familièrement *lex quinavicennaria*, loi des 25 ans. Le véritable nom de cette loi que les anciens commentateurs appelaient *lex Lectoria* nous a été révélé par la découverte de la table de bronze d'Héraclée. Il en est question dans le *Pseudolus* de Plaute où Calidorus s'écrie : « *Lex me perdit quinavicennaria, Metuunt credere omnes* ».

La loi *Plætoria* instituait un *judicium publicum* une poursuite publique contre celui par lequel un mineur de 25 ans avait été *deceptus* (surpris) ou *circumscriptus* (circonvenu[1]). — Ce point est certain.

Si la loi *Plætoria* punissait celui qui avait surpris l'obligation du mineur, elle n'annulait pas, à ce que l'on croit, cette obligation[2]. — Mais ce point est très douteux*[3].

410. — **Restitutio in integrum** : Il y avait là une lacune qui fut comblée, vers la fin de la République, par le préteur : le préteur usa des nouveaux pouvoirs qu'il tenait de la loi Æbutia pour accorder au mineur de 25 ans lésé par un contrat la *restitutio in integrum*[4].

411. — L'édit du préteur ouvrit la période des curateurs accidentels; le préteur admettait en effet que l'acte fait par un mineur de 25 ans, sans échapper à la *restitutio in integrum*, était moins suspect s'il avait été passé avec l'assistance d'un

1 *Lex Julia municipalis* (table d'Héraclée), lign. 111.

2 Voyez néanmoins Girard (*Manuel*), p. 223, texte et note 1.

* 3 Les textes parlent d'une *exceptio legis Plætoriæ* que le mineur pouvait invoquer quand il n'avait pas encore exécuté son obligation. Ce point est déjà bien incertain : car on admet généralement que la loi *Æbutia* qui a inventé les exceptions est postérieure à la loi *Plætoria*. — M. Bartin *à son cours*.

4 Edit, X, 3. Dig., 4 l. 1 (Ulpien).

Digitized by Google

curateur. Qu'arriva-t-il? C'est que les individus qui avaient à traiter avec un mineur de 25 ans et qui savaient bien que le contrat passé pourrait être mis à néant par le préteur, refusaient de contracter si le mineur, en se faisant nommer un curateur pour l'assister, ne consentait à donner à l'acte une solidité relative qui, dans d'autres conditions, lui eût fait défaut.

412. — Les mineurs de 25 ans se trouvaient donc *en fait*, dans l'impossibilité de contracter sans l'assistance d'un curateur; mais *en droit*, leur capacité demeurait entière : et ce n'est que sur leur demande qu'un curateur peut leur être nommé « *inviti adolescentes curatores non accipiunt*[1] ».

413. — A la différence du tuteur qui est institué à titre permanent et non pour une affaire déterminée, qui est donné, *personæ non rei vel causæ*, le curateur de l'*adolescens* est désigné pour une affaire spéciale (*res vel causa*[2]); et le mineur qui demande sa nomination doit indiquer le motif de sa requête (*reddere causam*).

Cette liberté de l'*adolescens* est plus théorique que pratique, car s'il ne voulait pas demander un curateur, il ne trouverait personne qui consentît à contracter avec lui.

414. — **Réforme de Marc-Aurèle** : Cette législation fut modifiée sous Marc-Aurèle. Celui-ci, d'après son historien Julius Capitolinus, « *ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis*[3] ».

1 Instit. *de curat.*, 2.
2 *Ibid.*
3 Jul. Capitolinus, *M. Antonini vita*, 10.

Digitized by Google

415. — Ce texte a reçu plusieurs interprétations : la plus plausible, c'est que Marc-Aurèle permit aux mineurs de 25 ans de demander un curateur sans justifier d'une des situations prévues par la loi (*non redditis causis*); mais c'est une question discutée que celle de savoir si l'on arriva dès cette époque à la permanence absolue des curateurs.

416. — Dans tous les cas, à l'époque des Sévères, le patrimoine du mineur en curatelle est administré non par lui mais par son curateur [1] : — ce qui prouve bien qu'on admettait alors la permanence des fonctions au moins pour certains curateurs (par exemple ceux qui étaient désignés par le testament du *paterfamilias*).

Il semble d'ailleurs que l'*adolescens*, même pourvu d'un curateur, n'obtient la *restitutio in integrum* qu'en justifiant d'une lésion. Modestin, contemporain des derniers empereurs Syriens, écrit : *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari* [2].

417. — **Le mineur de 25 ans à l'époque de Dioclétien :** Sous Dioclétien et Maximien, la nullité des actes faits par le mineur de 25 ans sans l'assistance d'un curateur est définitivement introduite et constatée par une constitution de 293 ap. J.-C. A cette époque, les *adolescentes* sont devenus incapables de faire leur condition pire sans le *consensus* de leur curateur. Il y a là une véritable prolongation de l'état de pupillarité [3].

1 D. *De min.*, 1, 3 (Ulpien).
2 D. L. 101 *de V. O.*
3 Cod. 1. 5 — de *in int. rest.* (Dioc. et Max.); L. 22 *eod. tit.* (les mêmes); L. 3 *eod. tit.* (les mêmes).

Digitized by Google

418. — *Consensus* **du curateur :** Nous rappelons ici que le *consensus* est loin d'être un mode d'intervention commun à tous les curateurs. Le *consensus* ne s'est manifesté que dans le droit récent, en matière de curatelle des mineurs de vingt-cinq ans, et rien ne prouve qu'il ait été étendu aux autres curatelles.

419. — Le *consensus* diffère de l'*auctoritas tutoris* en ce sens : 1° qu'il est dépourvu de toute forme solennelle.

2° Qu'il peut se donner d'avance ou après coup, tandis que l'*auctoritas* doit être concomitante au fait autorisé.

3° Que le défaut de *consensus* ne rend pas nul l'acte fait par l'*adolescens*, mais l'expose seulement à être brisé par une *in integrum restitutio*. Cette différence, d'après M. Girard, se serait effacée dans le dernier état du droit et l'*adolescens* serait devenu comme le *pupillus* incapable de rendre sa condition pire (en conséquence de s'obliger) sans le consentement de son curateur[1].

420. — *Venia ætatis :* Accorder à l'individu *sui juris* la capacité à l'âge de quatorze ans, c'était trop tôt. — La lui accorder à l'âge de vingt-cinq ans, c'était trop tard. — Sous le règne de Septime Sévère on pallia ce dernier inconvénient au moyen de la *venia ætatis*[2].

En obtenant la dispense que les textes appellent de ce nom, le pubère mineur de vingt-cinq ans pouvait s'élever à la pleine capacité.

1 Girard, *Manuel*, p. 226-227.

2 C. L. 1, *de his qui veniam ætatis impetraverunt* (Aurélien), mais la constitution constate l'existence antérieure de la *venia ætatis* plutôt qu'elle ne la crée.

Digitized by Google

421. — La *venia ætatis*, faveur dangereuse, s'accordait à l'homme après vingt ans, à la femme, après dix-huit ans et les rendait capables de contracter, mais non cependant d'aliéner ou d'hypothéquer leurs *prædia rustica* ou leurs *prædia suburbana*. — L'aliénation ou l'hypothèque d'un *prædium rusticum vel suburbanum* appartenant à un mineur de vingt-cinq ans ne pouvait avoir lieu qu'en vertu d'un décret du magistrat.

422. — **Comptes de curatelle :** On a vu que les comptes entre tuteurs et pupilles se réglaient au moyen des actions *directa* et *contraria tutelæ* (V. *suprà*, n. 386). Les comptes entre les curateurs et les personnes soumises à la curatelle se réglaient au moyen des actions *utilis negotiorum gestorum directa* et *utilis contraria negotiorum gestorum* données, la première au pupille contre le curateur, la seconde au curateur contre le pupille[1].

423. — **Garanties en matière de curatelle :** Ce sont les mêmes qu'en matière de tutelle, c'est-à-dire : 1° la *satisdatio rem pupilli vel adolescentis salvam fore* (V. *suprà*, n. 387 et s.).

2° L'action subsidiaire contre les fonctionnaires chargés de recevoir la satisdation des curateurs; 3° le *privilegium inter personales actiones*; 4° le *crimen suspecti curatoris;* 5° depuis la constitution de Constantin de 326 ap. J.-C., une hypothèque tacite sur les biens du curateur[2].

1 Dig. 27, 4 L. 1, § 2 (Ulpien).
2 Mêmes textes que pour la tutelle.

Digitized by Google

LIVRE III

LES CHOSES

TITRE I

DIVISION DES CHOSES

---

424. — Si les personnes sont les *sujets des droits*, les choses sont les *objets des droits*. On en a donné beaucoup de divisions : nous retiendrons seulement ici les plus importantes.

425. — **Choses extra *patrimonium* et *in patrimonio* :** Dans les choses qui sont « en dehors du patrimoine » il faut distinguer celles qui n'y sont pas encore, mais qui peuvent y entrer et celles qui n'y seront jamais. On appelle les unes et les autres *res nullius* ; mais cette dernière expression est plus généralement appliquée aux choses qui, n'ayant pas de maître actuellement, peuvent en avoir un.

426. — Les choses mises en dehors du patrimoine pour le présent et pour l'avenir sont :

1° Les *res sacræ* : consacrées *diis superis* : les temples[1].

1 Gaius, 2, 4.

Digitized by Google

2° Les *res religiosæ :* consacrées aux dieux manes (*diis manibus*) : les tombeaux[1].

3° Les *res sanctæ :* protégées par une sanction d'ordre primitivement religieux : les murs et les portes des villes, p. ex.[2].

Les *res sanctæ*, *religiosæ*, *sacræ* forment le groupe des *res divini juris*[3].

427. — Sont encore en dehors du patrimoine quoique *res humani juris :*

1° Les *res publicæ :* choses faisant partie du domaine public de l'État ou des cités : les places publiques, les bains, les théâtres...[4].

2° Les *res communes* dont l'usage est à tous et la propriété à personne : l'air, la mer, l'eau courante, le rivage de la mer[5].

428. — Les choses *in patrimonio* sont celles qui appartiennent soit à des collectivités (*collegia*), qu'on appelle *res universitatis*, et celles qui appartiennent à des particuliers.

429. — *Res mancipi et nec mancipi :* C'est la division la plus importante, au point de vue de l'étude du droit, des choses *in patrimonio*.

Le *mancipium* c'est la propriété romaine, s'exerçant sur une chose romaine, au profit d'un citoyen romain (Girard).

Les *res mancipi* ont été classées dès les premiers temps de Rome : leur énumération déjà évidemment agrandie comprend : 1° les fonds Italiques ; 2° les esclaves et les bêtes *quæ dorso collove domantur*

1 *Ibid.*
2 Inst., *de div. rer.* 10.
3 Inst., *de div. rerum*, pr.
4 Inst., *loc. cit.*, 2.
5 *Ibid.*, 1.

Digitized by Google

(bêtes de somme, ou de trait); 4° les servitudes rurales des fonds Italiques[1].

Tout le reste constitue la catégorie des *res nec mancipi*[2]. Ce qui caractérise les *res mancipi* c'est qu'elles ne peuvent être transmises que par le moyen éminemment *quiritaire* de la *mancipation*[3] : la mancipation était une vente solennelle faite en présence de cinq témoins citoyens romains et pubères et d'un *libripens*.

Si l'on se demande pourquoi tous les objets composant le patrimoine des anciens Romains ne présentaient pas le même caractère, c'est sans doute parce que les Romains, peuple agricole, avaient voulu donner une certaine fixité aux choses qu'ils considéraient comme le capital essentiel du laboureur en laissant au contraire une plus grande facilité de maniement aux objets de moindre valeur, (petit bétail, denrées) qui, à une époque où le numéraire était encore inconnu, constituaient comme la monnaie des transactions[4].

Les objets inconnus des Romains primitifs ne font pas partie des *res mancipi* et cela s'explique : la mancipation est le mode solennel de transférer la propriété dans une société au berceau où les transactions sont rares et n'ont pas besoin d'une grande rapidité. A mesure que la conception juridique se dégage du formalisme des premiers âges, la mancipation tend à devenir plus rare et à céder

1 Ulpien, *Reg.*, 19, 1.

2 *Ibid.*

3 Gaius, 2, 18-22.

4 D'après M. Cuq les *res mancipi* auraient constitué cette partie du patrimoine que les Romains appelaient *familia*, et les *res nec mancipi*, cette autre partie désignée sous le nom de *pecunia*, Cuq, *Institutions*, p. 91. — *Contrà*, Girard, *Manuel*, 782, note 3 et p. 243, note 3.

Digitized by Google

le pas à la méthode moins compliquée de la tradition.

430. — **Choses corporelles et incorporelles :** Les choses corporelles, d'après la définition consacrée, sont celles *quæ tangi possunt ;* — les choses incorporelles, celles *quæ in jure consistunt :* — chose corporelle : le fonds Cornélien ; chose incorporelle : une hypothèque sur ce même fonds Cornélien, cela revient à dire que sont objets incorporels les droits quelconques sur une chose, autres que le droit de propriété !

Et pourquoi le droit de propriété est-il moins incorporel que les autres? Parce qu'on l'identifie ou le confond avec la chose sur laquelle il porte.

Cette division est sans fondement. Le droit de propriété, considéré en tant que relation entre le sujet et l'objet du droit, est tout aussi incorporel que les autres, et les autres droits ont fort souvent un objet matériel.

431. — **Droits personnels et droits réels :** Mais si la division des objets composant le patrimoine en choses corporelles et incorporelles est de peu d'intérêt, très importante est la subdivision des objets incorporels en *droits réels* et *droits personnels.*

432. — A. La propriété est elle-même un droit réel ; c'est le plus étendu de tous les droits réels : mais, par suite de la terminologie vicieuse que nous venons de signaler, la propriété étant mise à part à raison de la confusion faite entre le droit de propriété et son objet, le nom de *droit réel* est réservé aux *jura in re aliena* (droits sur la chose d'autrui).

Digitized by Google

433. — Le propriétaire peut faire sur l'objet de son droit tous les actes qu'il lui convient de faire. Celui qui n'a qu'un *jus in re* (*aliena*) ne peut faire sur l'objet de son droit que des actes limités, définis : le propriétaire d'un fonds fait de ce fonds tout ce qu'il veut : le voisin qui a sur ce même fonds une servitude de passage, simple droit réel, ne peut faire du fonds que l'usage restreint qui consiste à passer dessus.

434. — B. Le droit personnel qu'on appelle aussi *obligation* dans un sens général, droit de *créance* si on l'envisage du côté actif, *dette* si on l'envisage du côté passif, est un *droit de contrainte* vis-à-vis d'une personne déterminée à l'effet d'obtenir d'elle un fait ou une abstention.

435. — **Différences entre le droit réel et le droit de créance :** Le droit *réel* est caractérisé par deux attributs qui font défaut au droit personnel : le *droit de suite* et le *droit de préférence*.

436. — 1° *Droit de suite :* Le droit personnel ne frappe d'aucune indisponibilité le patrimoine du débiteur : non seulement il n'atteint spécialement aucun objet de ce patrimoine, mais, originairement, *il n'atteignait pas ce patrimoine*. Le créancier avait-il le droit de se payer à l'aide des biens du débiteur ? Pas le moins du monde. Il agissait contre la personne par voie de *manus injectio*, et le paiement effectué par le *nexus* était moins l'acquittement de la dette que la rançon de sa personne. Même après la loi *Pætelia Papiria*, le droit personnel ne frappe les biens de l'individu engagé que considérés en tant que masse susceptible d'aug-

Digitized by Google

mentation ou de diminution. Un bien sorti de la masse échappe à l'obligation, tandis qu'un bien qui y entre en est atteint [1].

Le droit réel au contraire frappe les biens individuellement et fait corps avec eux : il *suit* le bien frappé dans quelques mains qu'il passe :

En d'autres termes l'action qui naît d'un *droit personnel* ne se donne que contre le débiteur; l'action qui naît du *droit réel* se donne contre tout possesseur de la chose sur laquelle le droit est établi.

437. — 2° *Droit de préférence ou d'exclusion :* Le droit réel est assorti d'un droit de préférence, tandis que le droit personnel ne l'est pas. Qu'un individu qui m'a promis le fonds Cornélien s'avise de le promettre à une autre personne, ou prenne tout autre engagement personnel, contracte toute autre obligation, si son actif n'est pas suffisant pour désintéresser ses divers créanciers, chacun de ces derniers ne touchera qu'un dividende proportionnel à sa créance. Aucun ne sera préféré aux autres : il se produira entre eux ce qu'on appelle le *concours au marc le franc.*

Le droit réel au contraire confère à son titulaire le droit d'exclure d'abord tous ceux qui n'ont qu'un droit de créance, ensuite tous ceux qui n'ont qu'un droit réel postérieur en date[2].

Supposons en conflit *Primus* créancier hypothécaire (titulaire d'un *droit réel* d'hypothèque) sur le fonds Cornélien, *Secundus* créancier ordinaire (créancier *chirographaire* comme l'on dit ordinai-

1 F. Bernard, *Cours sommaire de droit civil*, t. I, n. 494.
2 Girard, *Manuel*, p. 246.

Digitized by Google

rement, titulaire d'un simple *droit personnel*). Le fonds Cornélien est vendu moyennant une somme insuffisante pour satisfaire les deux créanciers : sur le prix, *Primus*, le créancier hypothécaire, prendra d'abord ce qui lui est dû. *Secundus* touchera le reste : il n'aura rien si le prix total est absorbé par *Primus*.

Au lieu de faire de *Secundus* un simple créancier chirographaire supposons qu'il a lui-même une hypothèque sur le fonds, mais que cette hypothèque est postérieure à celle de *Primus :* dans cette seconde hypothèse, comme dans la première, *Secundus* ne passera qu'après Primus : « *prior tempore potior jure* ».

438. — **Composition du patrimoine** : En résumé le patrimoine se compose de trois éléments : la propriété, les *jura in re aliena*, les obligations[1].

1 Inst. *quib. mod. oblig. toll.*, 2.

Digitized by Google

TITRE II

NOTIONS SOMMAIRES SUR LES OBLIGATIONS[1]

CHAPITRE I

Le droit personnel et ses sources.

---

439. — **L'obligation** : L'obligation est le droit personnel envisagé au point de vue passif.

Si, considéré dans le sujet qui en jouit, le droit personnel est la faculté de contraindre une personne à faire une prestation, considéré dans le sujet passif, c'est la nécessité de faire cette prestation.

440. — **La prestation** : Le mot prestation, dont le sens est absolument général, embrasse toute sorte d'avantages à procurer, choses corporelles, faits positifs, faits négatifs. *Dare*, *facere*, *non facere*, tout cela, c'est *præstare*, au sens large du mot[2].

441. — **Sources des obligations** : Les deux principales sources des obligations sont les contrats et les délits : les délits, c'est-à-dire des faits illicites commis par une personne à l'encontre

1 L'étude des obligations appartient au programme de notre 2e partie, nous ne donnons ici que les principes dont la notion est indispensable à l'intelligence générale des éléments du patrimoine.

2 Ortolan, *Explic. hist. des inst. Généralisation*, n. 69.

Digitized by Google

d'une autre et qui font naître à la charge de l'auteur au profit de la victime, l'obligation de payer une amende : les contrats, c'est-à-dire les accords de volontés légalement conclus entre les parties[1].

Que les obligations soient *délictuelles* ou *contractuelles*, elles ont toujours pour résultat de rendre une personne créancière d'une autre, par conséquent de constituer un élément du patrimoine[2].

442. — Seulement on se ferait une idée fausse et surtout peu romaine, des obligations, si l'on s'imaginait qu'en droit romain, tout fait illicite et préjudiciable a pour résultat de faire naître une créance délictuelle, ou que tout accord de volontés entre parties a pour conséquence de produire une créance contractuelle.

443. — En matière délictuelle, la partie lésée ne devient créancière qu'autant qu'une loi positive a établi une amende à son profit : *nulla pœna sine lege*. — En matière *contractuelle*, il ne suffit pas du consentement pour établir le lien de droit : il faut *la forme*, la solennité particulière à chaque espèce de contrat. — On pourrait dire que l'obligation procède, en matière de délit, de la *loi*, en matière de contrat de la *forme*.

1 Girard, *Manuel*, p. 381.

2 Nous parlons ici des *délits privés*. Le droit romain distingue les *délits publics* et les *délits privés* : les délits publics sont des actes illicites considérés comme portant atteinte à l'intérêt général : les peines corporelles ou pécuniaires qu'ils entraînent ne profitent pas en principe à leurs victimes.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Le formalisme.

---

444. — **Idée du formalisme** : En droit français, sauf un petit nombre d'exceptions, l'accord des volontés suffit pour faire naître une obligation dont l'exécution peut être poursuivie devant les tribunaux, par conséquent pour constituer le contrat : c'est ce qu'on exprime en disant qu'en droit français « *solus consensus obligat* ». Il n'en est pas de même en droit romain. Le principe romain est « *solus consensus non obligat* » ; pour qu'un contrat soit valable, il faut, en principe, que l'accord des parties soit consacré par des formalités sans lesquelles le lien obligatoire n'existerait pas.

445. — Ces formes consistaient autrefois dans les solennités du *nexum*, plus tard dans les écritures portées sur le *Codex* (sorte de grand livre que tenaient les citoyens romains), soit enfin dans l'échange d'une interrogation et d'une réponse qui constituait la *stipulation* (V. 2e partie, n. 180-238).

446. — **Le formalisme dans l'extinction des obligations** : Les obligations s'éteignaient comme elles se formaient : le *nexum*, contrat *per æs et libram*, se dissolvait *per æs et libram*, c'est-à-dire par une cérémonie analogue, accomplie comme la première en présence de cinq témoins et d'un *libripens* (V. 2e partie, n. 484-486).

Digitized by Google

447. — L'*expensilatio*, contrat formé *litteris*, se dissolvait *litteris*, par une mention sur le *codex*, inverse de l'expensilation : « *acceptum a Titio centum* ». On *créditait* dirait-on maintenant la personne que l'on avait *débitée*. Cela s'appelait l'*acceptilatio litteris*.

447 *bis*. — Une autre *acceptilatio*, faite *verbis*, éteignait la stipulation, contrat formé *verbis*. « *Quod tibi spopondi habesne acceptum?* » — « *Habeo* » « Ce que je t'ai promis, le tiens-tu pour reçu? » — « Je le tiens pour reçu ».

448. — **Contrats réels** : Certains contrats toutefois ont dû rester toujours en dehors de la sphère du formalisme. Ce sont les contrats qui se forment *re*, par la remise d'une chose: « *Nemo cum alterius detrimento locupletari potest* ». C'est une des vieilles règles du droit antique que nous a conservées le titre du Digeste « *de quibusdam regulis juris antiqui* ». Cette règle de bon sens et d'honnêteté a dû être inscrite dans les législations les plus rudimentaires : l'obligation de rendre l'esclave ou la bête de somme prêtée par un voisin, de restituer un dépôt, ont dû précéder les plus anciens contrats formels. Les contrats réels peuvent prendre les aspects les plus variés; aussi les Romains plaçaient-ils dans cette catégorie, à côté des quatre contrats de *mutuum* (prêt de consommation), de commodat (prêt à usage), de dépôt et de gage, un nombre indéfini de contrats pour lesquels ils n'avaient pas trouvé de nom spécial (les contrats innomés) et dans lesquels l'obligation naît d'une prestation qui, si on la conservait sans en rendre l'équivalent, constituerait au profit de celui qui l'a

Digitized by Google

reçue, un enrichissement injuste aux dépens d'autrui[1].

449. — **Décadence du formalisme** : Le formalisme est le caractère des législations primitives. Chez les peuples vieillis, il tend à s'atténuer et à disparaître : l'esprit des contrats l'emporte peu à peu sur leurs caractères extérieurs, le fond sur la forme.

450. — Le droit romain n'a point échappé à cette loi générale et la décadence du formalisme s'y révèle, au cours de son histoire, par deux ordres de phénomènes juridiques.

1° La disparition des contrats formels les plus compliqués. — 2° La naissance de contrats nouveaux purement consensuels comme les nôtres.

451. — La stipulation a vécu autant que le droit romain. Cela tient sans doute à ce qu'elle est à la fois très compréhensive et très simple. Très compréhensive, car elle peut s'ajouter, pour leur donner la force obligatoire, aux conventions les plus compliquées; — très simple puisqu'elle se réduit pour ainsi dire à deux mots que les parties prononcent (ou sont censées prononcer, car bien souvent dans le dernier état du droit, un *instrumentum* constate les paroles sacramentelles sans que les contractants se soient donné la peine de les prononcer).

452. — L'extinction des obligations a suivi une évolution nécessairement parallèle; la libération *per æs et libram* a disparu avec le *nexum,* l'acceptilation littérale avec le contrat *litteris*. — Enfin,

1 Girard, *Nouvelle Revue historique*, 1895, p. 413.

Digitized by Google

dans les dernières années de la République, le paiement, l'exécution de l'obligation est devenu le procédé *légal*, comme il était le procédé *rationnel* de libération[1].

453. — L'acceptilation *verbis* a persisté toutefois comme persiste la stipulation; mais on ne s'en sert plus que pour faire des remises de dettes, ou des règlements de comptes, quels que soient d'ailleurs le caractère et l'origine des dettes qu'elle a pour objet d'éteindre.

454. — B. Le second phénomène juridique qui marque la décadence du formalisme, c'est l'introduction des contrats consensuels; ils ne sont jamais devenus la règle en droit romain; mais, pourvus d'actions soit par le droit civil, soit par le préteur, soit par les constitutions impériales, ces contrats, *pacta vestita*, opposés aux *pacta nuda*, non munis, non *revêtus* d'une action, ont fini par constituer un groupe important, d'autant qu'ils englobent les contrats les plus usuels : 1° la vente, le louage, la société, le mandat (consacrés par le droit civil); 2° le pacte de serment, le pacte de constitut, le pacte d'hypothèque (sanctionnés par le droit prétorien); 3° la donation et la convention de doter, *pactum dotis*, (munies d'action par les constitutions des empereurs).

455. — Aussi, dans le dernier état du droit, on dit que les obligations contractuelles se forment, *re*, *litteris*, *verbis*, *consensu*[2].

1 Girard, *Man.* 670, n. 1.

2 Gaius, 3, 89; — Inst., *de Obl.*, 2 : L'existence d'obligations *litteris* déjà douteuse au temps de Gaius paraît encore plus contestable au temps de Justinien. Il est à remarquer que Modestin, contemporain d'Alexandre-Sévère, ne fait pas figurer l'obligation *litteris* dans l'énumération rapportée au Digeste, L. 52, pr. *de Obl. et act.*

Digitized by Google

LIVRE IV

LES ACTIONS

TITRE I

NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES
LES TRIBUNAUX

---

456. — **Sens du mot « action »** : Le mot *action*, en droit romain, présente diverses acceptions.

457. — On appelle d'abord *action* le droit de poursuivre en justice la réclamation d'une dette ou d'un droit de propriété[1] ; — mais on se sert également du mot *action* pour désigner la procédure à laquelle on recourt pour faire consacrer un droit par la justice.

458. — **Systèmes successifs de procédure** : La procédure romaine a passé par trois périodes :

1° Le système des actions de la loi ;

2° La procédure formulaire ;

3° La procédure extraordinaire.

459. — *Ordo judiciorum :* Les deux premières périodes sont caractérisées par ce que l'on a appelé l'*ordo judiciorum*, c'est-à-dire la distinction du magistrat et du juge.

460. — Pendant ces deux premières périodes, le magistrat romain ne juge pas lui-même le différend porté devant son tribunal. Il se contente d'or-

1 D. 51, *de obl. et act.* (Celsus).

Digitized by Google

ganiser le débat et en renvoie la connaissance à des jurés qui prononcent sur le point en litige. Le magistrat ne rentre en scène que pour assurer l'exécution des jugements.

461. — Pendant la troisième période, les jurés (*judices privati*) disparaissent et le magistrat cumule les fonctions d'organisateur de l'instance avec celles de juge.

462. — Le débat devant le magistrat s'appelle débat *in jure;* le débat devant le juge porte le nom de débat *in judicio.*

463. — **Magistrats** : Dans les premiers temps de Rome, le magistrat pour ainsi dire unique était le *roi*[1]; après la chute de la royauté, l'autorité judiciaire passa entre les mains des deux consuls[2]; mais les consuls ne connaissaient pas de toutes les causes : celles qui intéressaient la religion et les sacrifices étaient portées devant le *collège des pontifes*[3]. Cette juridiction subsistait encore au temps de Cicéron puisque c'est devant le collège des pontifes que Cicéron prononça le plaidoyer *pro domo sua.* — L'attribution de compétence aux pontifes dans ce procès venait de ce que la maison de Cicéron était consacrée à la déesse Liberté[4].

464. — *La préture :* En 387 de Rome, les consuls furent dépouillés de leurs attributions judiciaires au profit des *préteurs.*

465. — L'expression de *préteur* caractérise une fonction supérieure (de *præire* « aller en avant »).

1 D. L. 2, 14, *De orig. juris* (Pomponius).
2 *Ibid.*
3 Denys d'Halicarnasse, 2, 73.
4 Cicéron, *Lettres à Atticus*, 4, 2.

Digitized by Google

On appelait dans un camp romain, *prætorium* la tente du général en chef et *porta prætoria*, la porte du camp par laquelle l'armée sortait pour se ranger en bataille.

466. — Il n'y eut d'abord qu'un seul préteur : le préteur urbain ; en 507 on créa le préteur pérégrin chargé de rendre la justice entre romains et pérégrins ou entre pérégrins seulement. — Le préteur pérégrin remplaçait le préteur urbain en cas d'absence.

467. — Puis on créa des préteurs spéciaux pour la Sicile et la Sardaigne. De quatre, le nombre de ces magistrats fut porté d'abord à six. — Ce nombre fut encore élevé par la création, sous la République, des tribunaux criminels appelés *quæstiones perpetuæ :* chaque *quæstio* était présidée par un préteur — puis, sous l'empire, par la création des préteurs administratifs chargés de services spéciaux comme le *prætor tutelarîs* (chargé des tutelles), le *prætor fideicommissarius* (chargé des fidéicommis). Le nombre total des préteurs atteignit au maximum dix-huit.

468. — *Ediles curules :* Les édiles curules, chargés de la police des marchés, avaient également une juridiction.

469. — *Préfet de la ville :* Enfin, dans les premiers temps de l'empire, on voit se développer, surtout en matière criminelle, la juridiction d'un fonctionnaire supérieur, le *préfet de la ville* (*præfectus urbi*).

470. — *Présidents :* Dans les provinces, les fonctions judiciaires étaient exercées par le gouverneur de la province (*præses*).

Digitized by Google

471. — **Juges** : Une fois le débat organisé par le magistrat (instance *in jure*), les parties sont renvoyées devant des juges (instance *in judicio*[1]).

472. — Comment se recrutaient les juges? Le recrutement des juges a fait l'objet de luttes acharnées entre les sénateurs et les chevaliers. Dans le principe, les sénateurs avaient le droit exclusif de figurer sur la *liste du jury*. Cette liste est toute faite : c'est la liste sénatoriale elle-même, l'*ordo senatorius*. — Mais lorsque l'aptitude passa à un autre ordre, il fallut dresser une liste annuelle; cette liste était arrêtée publiquement par le préteur urbain et affichée sur l'*album*.

473. — *Leges judiciariæ :* Les lois qui ont attribué les fonctions judiciaires soit aux sénateurs, soit aux chevaliers sont appelées *leges judiciariæ*. La loi Sempronia de Caius Gracchus (612) transporta le droit de juger des sénateurs aux chevaliers; — en 648, la loi *prima Servilia* partagea l'aptitude entre les deux ordres; les chevaliers triomphent exclusivement avec la loi *secunda Servilia;* les sénateurs prennent leur revanche sous la dictature de Sylla. — Postérieurement, une loi *Aurelia* partagea le droit de juger entre les sénateurs, les chevaliers et les tribuns du trésor, etc...

474. — *Désignation du juge :* Sur ces listes qui ont ainsi varié, les parties choisissaient, ou le magistrat désignait, si les parties ne pouvaient s'entendre, tantôt un juge unique, *judex,* tantôt des arbitres (ordinairement trois).

475. — Les juges désignés dans les procès entre pérégrins ou entre pérégrins et citoyens étaient appelés *récupérateurs*.

1 Gaius, 4, 15.

Digitized by Google

476. — On donnait le même nom aux juges des provinces[1].

477. — Le trait commun de tous ces juges consiste en ce qu'ils étaient spécialement désignés pour chaque affaire.

478. — *Centumvirs :* Le seul tribunal permanent de Rome était le tribunal des *centumvirs*, chargé du jugement des questions de propriété, de liberté, de testament. — Nous ne voulons pas dire que les centumvirs restassent en fonctions à perpétuité — leurs fonctions étaient annuelles comme toutes les fonctions publiques de Rome, mais nous entendons par là que le magistrat ne les désignait pas spécialement pour une affaire : au lieu de renvoyer les plaideurs devant un juge qu'il nommait (*judex esto N...*) il les renvoyait devant le tribunal des centumvirs.

479. — Le tribunal se divisait en quatre sections qu'on appelait *tribunalia* ou *hastæ*. Ce dernier nom vient de la lance, symbole de la propriété romaine, qui était plantée devant le tribunal des centumvirs spécialement chargés de juger les questions de propriété.

480. — Les procès portés devant le tribunal des centumvirs étaient jugés tantôt par une chambre, tantôt par deux, tantôt enfin par toutes chambres réunies[2]. Chaque chambre était convoquée et présidée par un préteur, et le premier président du tribunal s'appelait le *prætor hastarius*.

1 Festus, *de verb. signif : Reciperatio est quum inter civitates peregrinas lex convenit ut res privatæ reddantur singulis reciperanturque.* Ces récupérateurs auraient donc emprunté leur nom aux commissaires chargés de faire justice des maraudages de frontière.

2 Pline le Jeune, *Lettres*, 6, 33.

Digitized by Google

TITRE II

LES SYSTÈMES DE PROCÉDURE

CHAPITRE I

Les actions de la loi.

---

481. — **Caractères généraux du système :** Les actions de la loi constituaient un rituel compliqué, un ensemble d'actes et de formules, dont les plaideurs ne pouvaient s'écarter sous peine de perdre leur procès. — On cite l'exemple d'un plaideur dont on avait arraché les vignes et qui fut débouté pour s'être servi du mot *vites* au lieu du mot *arbores* qui figurait dans l'action de la loi[1].

482. — **Secret et divulgation des actions de la loi :** Les pontifes s'étaient, dans le principe, soigneusement réservé le secret de ce rituel, ainsi que la connaissance des *jours fastes*, c'est-à-dire des seuls jours de l'année pendant lesquels il était permis de plaider. Gnæus Flavius, secrétaire du grand pontife Appius Claudius Cœcus divulgua le secret des fastes et des actions de la loi. Ses divulgations furent publiées en un corps de droit auquel

1 Gaius, 4, 11.

Digitized by Google

on donna le nom de *jus Flavianum*, et le secret des fastes et des actions de la loi tomba dans le domaine public[1]. C'est cet événement que certains romanistes contemporains appellent la *sécularisation de la jurisprudence*[2].

483. — Néanmoins la procédure des actions de la loi était assez délicate pour qu'il ne fût pas prudent de se risquer seul dans un débat, et Cicéron, qui plaisante avec beaucoup de verve le vieux rituel, nous montre les plaideurs escortés devant le tribunal par un souffleur qui leur dicte les paroles et leur fait faire les gestes prescrits par la loi[3].

484. — **Nomenclature des actions de la loi :** Les actions de la loi étaient au nombre de cinq : 1° Le *sacramentum;* 2° la *judicis postulatio;* 3° la *manus injectio;* 4° la *pignoris capio;* 5° la *condictio*[4] ou mieux « *legis actio per condictionem* ».

485. — **Le** *sacramentum :* (ou mieux la *legis actio sacramenti*). La *legis actio sacramenti* était une sorte de pari. Le *sacramentum* consistait en une somme que chacune des parties déposait entre les mains du collège des pontifes. La partie dont le *sacramentum* était déclaré *injustum*, c'est-à-dire qui perdait son procès, perdait aussi sa consignation qui demeurait affectée aux *sacra publica*. Le *sacramentum* était de 50 as ou de 500 as. Dans les procès concernant la liberté, le *sacramentum* était réduit au *minimum*, c'est-à-dire à 50 as[5].

486. — *Judicis postulatio :* La seconde action de la loi est la *judicis postulatio :* la formule par

1 Cicéron, *pro Murena*, 11.
2 Cuq, *Institutions*, p. 446.
3 Cicéron, *pro Murena*, 12.
4 Gaius, 4, 12.
5 *Ibid*, 4, 13, 14.

Digitized by Google

laquelle cette action était demandée au magistrat nous a été conservée par les *Notæ* de Valérius Probus. « J. A. V. P. U. D. », c'est-à-dire : *judicem arbitrumve postulo uti des.* C'est tout ce que nous en connaissons[1].

487. — Il résulte du manuscrit de Gaius qu'on ne recourait à cette action que très exceptionnellement et que l'on procédait par le *sacramentum* toutes les fois que la loi n'en avait pas décidé autrement[2].

488. — *Manus injectio :* La *manus injectio* consistait à appréhender au corps un débiteur en présence du magistrat en prononçant certaines paroles consacrées[3] et à entraîner chez soi ce débiteur que le créancier pouvait vendre ou même tuer s'il n'en obtenait pas satisfaction ; le débiteur pouvait même être dépecé, d'après la loi des XII Tables (*partis secanto*), s'il y avait plusieurs créanciers.

489. — On sait par Aulu-Gelle que cette rigueur de la loi des XII Tables n'a jamais été qu'une rigueur théorique. Certains romanistes contemporains vont jusqu'à dire que le prétendu *sectionnement* du débiteur n'a jamais existé même en théorie, et que les romains, au temps d'Aulu-Gelle, ne comprenaient plus une expression archaïque « *secunto* » qui n'a jamais voulu dire « dépecer[4] ».

490. — Tantôt la *manus injectio* s'exerçait à la suite d'un jugement « *manus injectio judicati* » ; tantôt elle s'exerçait comme s'il y avait eu jugement « *manus injectio pro judicato* » ; c'est ce qui

1 Girard, *Textes*, p. 172.
2 Gaius, 4, 13.
3 Id. 4, 21; Jobbé-Duval. *Hist. de la proc. civ.*, 6-9.
4 V. Cuq, *Institutions*, p. 425, note 2.

Digitized by Google

arrivait notamment en vertu des lois *Furia* et *Publilia de sponsu*, lorsque le débiteur principal n'avait pas remboursé dans le délai de six mois la caution (*sponsor*) qui avait payé pour lui[1].

491. — Il existait aussi une *manus injectio* qui s'exerçait sans jugement et en vertu du contrat lui-même. Il se passait alors quelque chose d'analogue à ce qui arrive de nos jours pour les actes authentiques revêtus de la formule exécutoire. De même qu'un créancier contemporain nanti d'un acte notarié exécutoire peut saisir le patrimoine de son débiteur, sans avoir à s'adresser préalablement au tribunal, de même, le créancier romain auquel son titre attribuait la *manus injectio*, pouvait s'emparer de la personne de son débiteur sans le traduire préalablement en justice.

492. — Enfin, à côté de la *manus injectio judicati* qui s'exerce après un jugement préalablement obtenu, de la *manus injectio pro judicato* qui est la conséquence de la nature du titre, certaines lois avaient institué une *manus injectio pura* qui constituait le mode normal de poursuite de certaines créances. La *manus injectio judicati* est la fin, la *manus injectio pura* le début d'une procédure.

493. — Il y avait lieu à la *manus injectio pro judicato* en cas de *nexum* (V. *suprà*, n. 25), de legs *per damnationem* (V. *infrà*, n. 870), à la *manus injectio pura*, pour la restitution d'intérêts usuraires (loi *Marcia de fœneratoribus*), en cas de *damnum injuria datum* (loi *Aquilia*, V. 2e année, n. 50), etc.[2].

1 Gaius, 4, 22.
2 *Ibid.*, 23.

Digitized by Google

494. — Entre la *manus injectio judicati*, ou la *manus injectio pro judicato* d'une part, et la *manus injectio pura* d'autre part, il y avait cette différence que, dans les deux premiers cas, on ne pouvait se défendre soi-même contre l'exécution et qu'il fallait, pour se soustraire à l'arrestation et à ses conséquences, employer l'intervention d'un *vindex*, c'est-à-dire d'un tiers qui, contestant la légalité de la *manus injectio*, portait la question devant le tribunal. — S'il s'agissait d'une *manus injectio pura*, le débiteur arrêté pouvait résister en personne et débattre lui-même devant le tribunal la légalité de la mesure dont il était l'objet[1].

495. — S'opposer ainsi à la *manus injectio* (que ce fût le fait du débiteur ou d'un *vindex*), c'est ce qu'on appelait « *depellere manum* ». C'était « jouer quitte ou double » car le débiteur ou le *vindex* qui était déclaré mal fondé dans sa résistance était condamné *in duplum*, c'est-à-dire à deux fois le montant de la dette[2].

496. — L'intérêt de la distinction que nous venons d'exposer s'effaça lorsqu'une loi Vallia (entre le milieu du sixième siècle et le second tiers du septième) eut permis *en toute matière* de « *sibimet depellere manum* », c'est-à-dire de résister en tout cas à la *manus injectio* sans le concours d'un *vindex*[3].

497. — *Pignoris capio* : La *pignoris capio* ou

1 Gaius, *loc. cit.*

2 *Lex coloniæ Genetivae Juliæ*, 41 ; Girard, *Textes*, p. 84.

3 Excepté dans les cas de *judicatum* et d'*actio depensi*. — Au temps de Gaius le *judicatus* et celui qui est poursuivi par l'action *depensi* ne sont obligés que de donner caution: la *manus injectio* n'existe plus, mais l'*addictio* par le magistrat est encore possible : Gaius, 4, 25.

Digitized by Google

prise de gage consistait, pour le créancier impayé, à s'emparer d'un objet appartenant au débiteur. Elle ne se passait pas devant le magistrat, ce qui fait qu'on lui a contesté la qualité d'action de la loi. Cette mesure est si conforme au droit primitif que M. Girard, qui l'appelle « une procédure sans procès[1] », n'hésite pas à déclarer qu'elle peut être considérée comme la plus ancienne des actions de la loi. Elle ne survécut cependant dans la législation qu'à titre exceptionnel, par exemple, en faveur des cavaliers qui n'avaient pas été remboursés du prix de leur cheval (*æs equestre*), ou qui n'avaient pas touché les vivres de leur monture (*æs hordearium*); — en faveur aussi de ceux qui avaient fourni du bétail destiné aux sacrifices et n'en avaient pas reçu le prix[2].

498. — *Condictio :* (ou mieux la *legis actio per condictionem*). Les quatre actions de la loi exposées jusqu'ici sont probablement contemporaines des XII Tables : à une époque très postérieure sur laquelle les romanistes ne sont pas d'accord et que l'on fixe assez arbitrairement au commencement du VIe siècle, s'introduisit une cinquième *legis actio* appelée *condictio*.

499. — *Condicere*, d'après Festus, c'est « *dicendo denuntiare*[3] ». La *condictio* semble s'analyser en une simple assignation devant le magistrat (*vocatio in jus*) après laquelle, sur une nouvelle comparution des parties, postérieure de trente jours à la

1 Girard, *Manuel*.

2 Gaius, 4, 26. *Quid* si la dette à raison de laquelle la *pignoris capio* a été exercée est contestée ? V. Jobbé-Duval, *Etudes sur l'hist. de la proc. civ.*, p. 10 et 11.

3 Festus, v° *condicere :* Gaius, 4, 18.

Digitized by Google

première, un juge était nommé sans autres formalités pour connaître du litige.

500. — Gaius se demande pourquoi l'on a créé la *condictio* alors que le *sacramentum* et la *judicis postulatio* suffisaient à tous les besoins. — C'est, d'après le plus grand nombre des auteurs, dans un but de simplification. — M. Cuq suppose que l'introduction de la *legis actio per condictionem* eut pour but de donner une sanction civile à de nouveaux contrats qui précédemment ne faisaient naître que des dettes d'honneur (obligations fiduciaires)[1]. Ce système très séduisant a contre lui le texte de Gaius qui déclare positivement que la *condictio* s'appliquait à des obligations antérieurement sanctionnées par le *sacramentum*[2].

501. — **Décadence et abolition des actions de la loi :** Les actions de la loi arrivèrent à un haut degré d'impopularité (*in odium venerunt*, dit Gaius)[3]; une loi *Æbutia* dont la date est très contestée, mais qui devrait se placer, d'après les dernières recherches vers 628 ou peut-être même vers 636 de R., leur porta un coup très sensible, sans les supprimer, en autorisant l'emploi d'un système concurrent déjà usité devant certaines juridictions (la procédure formulaire); elles furent définitivement abolies par deux lois *Julia* contemporaines d'Auguste ou peut-être de César[4].

1 Cuq, *Institutions*, p. 667 et s.

2 Gaius, 4, 20. M. Jobbé-Duval (*Histoire de la proc.*), p. 110 et s., présente une autre explication : La *condictio* aurait été introduite par la loi Silia dans le but d'améliorer la situation du débiteur. Il est à remarquer en effet que le juge n'était nommé que trente jours après la première comparution. Ce délai de trente jours était un délai de grâce. L'introduction de la *condictio* est une des phases de cette évolution qui des actions, toutes originairement pénales, a tendu à faire des actions *dégagées du caractère de pénalité*. Appelons l'attention sur cette observation bien frappante de M. Jobbé-Duval : dans le Talmud, toutes les actions sont pénales, sauf celle qui tend au remboursement d'une somme d'argent : or le remboursement d'une *certa credita pecunia* a été le premier objectif visé par la *condictio*.

3 Gaius, 4, 30.

4 *Ibid.* — C'est un problème très délicat que celui de la date de la loi

Digitized by Google

502. — Même après son abolition la procédure des *legis actiones* continua à être employée devant le tribunal des centumvirs[1].

CHAPITRE II

La procédure formulaire.

SECTION I

Idée fondamentale du système.

503. — **La formule** : La procédure formulaire comporte toujours la distinction du magistrat et du juge (*ordo judiciorum*), mais le magistrat, à la suite du débat qui se passe devant lui (débat *in jure*), rédige et délivre aux parties un petit programme résumant le procès, programme qui est remis par les contendants au juge désigné pour connaître de l'affaire. Le juge vérifie les questions posées dans le programme qui lui est soumis et prononce la sentence sans jamais pouvoir sortir du cercle des questions qui lui sont posées.

504. — Le programme dont il s'agit ici est ce qu'on appelle la *formule*. Tantôt le demandeur (*actor*, celui qui fait le procès) la choisit toute ré-

Æbutia. Le système des exceptions n'a pu être créé avant elle. — Or il est question dans les auteurs d'une exception dérivant de la loi *Cincia* (550 de R.) et d'une autre exception qui découlerait de la loi *Plœtoria* (vers 563 de R.).

1 Gaius, 4, 31.

Digitized by Google

digée sur l'*album* du préteur; tantôt, aucune formule toute faite ne correspondant exactement au litige, le préteur compose et rédige une formule sur les observations des parties (*actor*, le demandeur, et le défendeur, *reus*, celui contre lequel le procès est intenté) qui en discutent tous les éléments[1]. Lorsque la formule rédigée est enfin remise par le demandeur au défendeur qui l'accepte, il y a *judicium acceptum*; c'est alors que se produit la *litiscontestatio* qui clôt la période *in jure*[2].

505. — **Comment le système des actions de la loi a fait place au système formulaire :** Le système le plus accrédité consiste à prétendre que les formules ont été introduites par le préteur pérégrin au profit de ses justiciables qui ne pouvaient invoquer la qualité de propriétaire ou de créancier *ex jure quiritium*, qualité que rappellent avec insistance les termes du rituel des actions de la loi. Les citoyens romains, frappés de la commodité du procédé, auraient fini par l'emprunter pour les litiges qui les concernaient exclusivement.

Cette opinion fort suivie est cependant très suspecte, car il est certain que la voie de la *legis actio* romaine n'était pas fermée aux pérégrins. M. Girard croit voir dans l'introduction de la procédure formulaire une imitation d'institutions étrangères, peut-être de ce que les gouverneurs faisaient déjà dans certaines provinces en vertu du droit local maintenu après la conquête[3].

1 D. 19, § 1, pr. (Papinien); eod. tit. 11, pr. (Pomponius).
2 Girard, *Manuel*, p. 681, note 4.
3 Girard, *Manuel*, p. 969-970.

Digitized by Google

SECTION II

Rédaction de la formule.

506. — **Parties de la formule** : La formule comprenait habituellement trois parties[1] : 1° la *demonstratio*, exposé sommaire du procès ; ex. : QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT.

2° L'*intentio* (partie essentielle) où est formulée la prétention du demandeur : SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CENTUM SESTERTIA DARE OPORTERE.

3° La *condemnatio* qui enjoint au juge de condamner ou d'absoudre, suivant qu'il trouvera la prétention du demandeur bien ou mal fondée : « SI PARET JUDEX CONDEMNA, SI NON PARET ABSOLVE[2] ».

Rien de plus simple en somme : c'est un questionnaire analogue à celui que de nos jours les présidents de Cour d'assises soumettent au jury : notre exemple met en scène un vendeur, Aulus Agerius et un acheteur, Numerius Negidius (ces deux noms sont de tradition chez les jurisconsultes romains pour désigner le demandeur et le défendeur).

Aulus Agerius a vendu un esclave à Numerius Negidius dont il n'a pas été payé. Voilà l'affaire en deux mots (*demonstratio*).

Que veut Aulus Agerius? être payé du prix de l'esclave vendu. C'est ce qu'il demande (*intendit*).

Qu'est-ce que le juge a à faire? Condamner le défendeur si le demandeur a raison (*si paret*),

1 On pourrait en ajouter une quatrième : la désignation du juge par laquelle débute la formule : *Judex esto N...* (M. Bartin, à son cours).
2 Gaius, 4, 39-41, 43.

Digitized by Google

l'absoudre si le demandeur a tort (*si non paret*). C'est précisément ce que le magistrat lui enjoint dans la *condemnatio* [1].

507. — La formule comporte quelquefois une quatrième partie, l'*adjudicatio;* nous en parlerons en traitant des modes d'acquérir la propriété (V. *infrà*, n. 632 et s.) [2].

508. — Il n'y a après tout dans la formule qu'une seule partie absolument essentielle, c'est l'*intentio;* si je demande au juge de condamner mon adversaire à me payer cinq cents francs, je saurai bien, en plaidant, lui dire pourquoi ; et pour peu qu'à l'*intentio* s'ajoute l'injonction au juge de me donner tort ou raison, suivant que ma prétention sera ou non fondée, la formule, quoique médiocrement explicite, sera néanmoins « sur ses pieds »; aussi, dans certains litiges où le magistrat ne voyait pas la nécessité d'expliquer des faits absolument simples, la formule se réduisait-elle à l'*intentio* et à la *condemnatio*.

509. — Elle peut même se restreindre à l'*intentio* quand la sentence du juge doit se réduire elle-même à une simple déclaration sans condamnation pécuniaire [3].

Prenons par exemple un débat sur la liberté d'un individu : la question posée sera « SI PARET HOMINEM STICHUM LIBERUM ESSE »; l'*intentio* suffit sans qu'il soit besoin d'y rien ajouter.

510. — **Exceptions :** La formule délivrée par

1 Cette formule, construite pour l'intelligence de la théorie, est d'ailleurs purement imaginaire ; il ne faudrait pas y voir la formule de l'action *venditi* qui est conçue en termes sensiblement différents.

2 Gaius, 4, 42.

3 Gaius, 4, 39.

Digitized by Google

le préteur ne se compose pas seulement de l'exposé des prétentions du demandeur, elle présente en même temps certains moyens de défense invoqués par le *reus*. Ces moyens consignés dans la formule à la suite de l'*intentio* s'appellent *exceptions*[1].

511. — Il ne faut pas confondre l'*exception* avec la *défense* proprement dite ou *défense au fond*. La défense nie le droit du demandeur. L'exception reconnaît ce droit, mais implique l'allégation d'un fait qui le rend inefficace. A *Primus* qui me réclame une somme d'argent je réponds : « Je ne vous dois rien. » — C'est une défense. — Si je réponds à Primus « Je vous dois mais nous avons fait une convention aux termes de laquelle je ne dois vous payer que dans cinq ans », j'oppose une *exception*, et cette exception (techniquement l'*exceptio pacti*) sera, sur ma demande, insérée dans la formule après l'*intentio*[2].

512. — **Répliques et dupliques** : Le demandeur ne reste pas désarmé en face de l'exception, il peut y opposer une *réplique* (*replicatio*); à la réplique le défendeur peut riposter par une *duplique*, à laquelle il serait au besoin répondu par une *triplique* et ainsi de suite ; la formule peut, au besoin, constituer tout un dialogue judiciaire dont le juge aura à vérifier les allégations contradictoires[3].

Ex. : *Primus* a vendu à *Secundus* une *res mancipi* et la lui a remise par simple tradition, il en a donc conservé, comme nous le verrons (V. *infrà*,

1 D. L. 2, *de except.* (Ulpien), Gaius, 4, 119.
2 Conf. Girard, *Manuel*, p. 999.
3 Instit., *de replic.*, pr. 1. 2.

Digitized by Google

n. 638), la propriété quiritaire. *Primus* reprend cette chose, *Secundus* l'attaque par une action *publicienne. Primus* lui répond par une *exceptio justi dominii* : — immédiatement *Secundus* lui oppose la réplique *rei venditæ et traditæ* ; — mais *Primus* soutient à son tour qu'il n'a vendu à *Secundus* que sous la pression d'une menace de mort et lui oppose une duplique *metus*... Tous ces points seront consignés par ordre dans la formule et devront être vérifiés par le juge.

513. — *Præscriptiones :* On appelle *præscriptio* l'indication en *tête* de la formule (*præscribere*) de certains points qui limitent ou précisent le débat, ou qui s'opposent à la condamnation du défendeur[1].

514. — On distingue, en cette matière, des *præscriptiones ex parte actoris* et des *præscriptiones ex parte rei*, insérées dans la formule, les premières à la requête du demandeur, les secondes à la requête du défendeur.

515. — A. *Præscriptiones ex parte actoris*[2]. Elles ont, avons-nous dit, pour but de limiter ou préciser le débat. Ex. : un pacte échu d'arrérages d'une rente viagère est réclamé par un crédi-rentier : celui-ci va-t-il mettre simplement dans l'*intentio* de la formule : « s'il paraît qu'Aulus Agerius doit à Numerius Négidius une rente viagère annuelle de cent...? S'il s'en tient là, il ne pourra compter refaire le procès identique dans le cas où d'autres arrérages viendraient par la suite, à être impayés.

1 Gaius, 4, 132.
2 Gaius, 4, 130.

Digitized by Google

On le repousserait par l'*exceptio rei in judicium deductæ*. « Vous avez, lui dirait-on, déjà fait ce procès; *non bis de eadem re agitur* » et on le déboutrait (V. *infrà*, n. 542 et 926).

Ce n'est pas tout : dans le premier procès, le juge lui dirait : vous réclamez *une rente annuelle;* or il ne vous est dû que *la rente d'une année;* vous réclamez trop, vous n'aurez rien (V. *infrà*, ce qui sera dit de la *plus pétition*, n. 531 et s.).

Le malheureux *actor* compromettrait donc irrémédiablement son droit et dans le présent et dans l'avenir, s'il ne prenait la précaution de limiter le débat aux arrérages échus; ce qu'il fera au moyen d'une *præscriptio* ainsi conçue : *Ea res agatur cujus rei dies fuit* « qu'il ne s'agisse (au procès) que des arrérages dont le terme est échu[1] ».

516. — B. *Præscriptiones ex parte rei :* Les *præscriptiones ex parte rei* ne sont pas autre chose que des exceptions, que l'on insère non à la suite de l'*intentio*, mais en tête de la formule, sans doute parce que leur examen s'impose avant toute étude de la demande qu'elles feraient écarter par une sorte de question préalable si elles étaient vérifiées[2].

517. — Une de ces *præscriptiones ex parte rei* est bien connue. C'est la *præscriptio longi temporis* (Voir n. 642) que nous appelons précisément en droit français « la prescription ».

518. — **Actions** *IN JUS, FICTICES, IN FACTUM, UTILES :* On voit par ce qui précède que la rédaction de la formule présente

1 Gaius, 4, 131.
2 Gaius, 4, 133. Gaius les note au passé et dit qu'elles n'existaient plus de son temps : elles se seraient confondues avec les exceptions ?

Digitized by Google

une grande élasticité. Il n'est rien, dit Cicéron, que l'on ne puisse introduire dans une formule.

Il n'en a pas toujours été ainsi : le préteur commença par transporter dans l'*intentio* de la formule, en les mettant à la troisième personne, les termes mêmes des actions de la loi : les formules ainsi calquées sur les termes des *legis actiones* étaient dites *conceptæ in jus*[1].

Ces formules, en nombre restreint, ne pouvaient suffire à la satisfaction de besoins juridiques qui avaient grandi à mesure que les aspects des transactions se multipliaient. Le préteur pourvut au déficit par la création des actions *fictices*, et des actions *in factum*[2].

519. — *Actions fictices :* Dans l'action fictice, le préteur suppose accompli un fait qui n'existe pas et enjoint au juge de statuer comme si ce fait existait : ainsi le préteur accorde à des individus qui ne sont pas des héritiers d'après le droit civil une sorte d'hérédité prétorienne qu'on appelle la *bonorum possessio*. Si ces *bonorum possessores* ont besoin d'exercer une action héréditaire, la formule enjoint au juge de statuer *comme s'ils étaient héritiers :* c'est une formule *fictice*. — V. également *infrà*, n. 620 et s., ce qui sera dit de l'action *publicienne*[3].

520. — *Actions* IN FACTUM *:* Il arrive parfois qu'aucune fiction ne peut remédier à la lacune de la loi : Alors le préteur expose, dans une *demonstratio* qu'il fabrique de toutes pièces, les faits, sans analogues en droit civil, à raison desquels il juge à propos de délivrer une action, et enjoint au juge de prononcer la condamnation si ces faits sont vérifiés. Cette formule ainsi construite de toutes pièces, sans fiction possible, sans dérivation d'une action directe, c'est une formule *in factum*, l'*ultima ratio*, la dernière ressource du préteur[4].

521. — *Actions utiles :* L'action *utile* n'est pas de nature aussi essentiellement prétorienne que les actions *fictices* et les actions *in factum*. C'est une action civile ou prétorienne donnée par le préteur en dehors du cadre pour lequel elle avait été faite. — C'est ainsi que l'action de la loi *Aquilia* en réparation du dommage causé n'est faite que pour le propriétaire

1 Gaius, 4, 45.
2 Gaius, 46.
3 *Ibid.*, 34-38.
4 *Ibid.*, 4, 46.

Digitized by Google

de la chose détruite ; le préteur la donne à titre d'action utile, à une personne qui, sans être propriétaire de la chose détruite, souffre néanmoins de sa destruction (p. ex. un créancier auquel la chose était hypothéquée). A l'action *utile* on oppose l'action *directe*, c'est-à-dire celle qui est donnée dans les conditions précises prévues par le législateur[1].

SECTION III

Pouvoirs et rôle du juge.

522. — **Pouvoirs du juge** : Le cadre de la formule est, comme on le voit, assez large. Et sans en sortir, — ce qui lui est absolument interdit, — le juge semble avoir quelque liberté de se mouvoir. Nous n'allons pas tarder à constater que cette liberté est tout à fait relative.

523. — 1re **Restriction : condamnation pécuniaire** : Un procès, en droit romain, ne peut jamais aboutir qu'à une condamnation pécuniaire. Si, en droit français, nous revendiquons une chose qui nous appartient, le juge qui trouvera notre prétention justifiée condamnera notre adversaire à la remise même de cette chose. *Le juge romain ne condamnera jamais qu'à des dommages-intérêts. Primus* revendique l'esclave Eros, le juge, en déclarant que l'esclave Eros, est la propriété du demandeur, ne condamnera pas son adversaire à le lui rendre, mais bien à lui payer une certaine somme d'argent[2].

524. — *Actions arbitraires :* A cet inconvénient

1 Girard, *Manuel*, p. 987. — Remarquons ici que les actions *utiles* sont une variété d'actions *fictices*, puisque l'on suppose chez le demandeur une qualité qu'il n'a pas.

2 Gaius, 4, 48.

Digitized by Google

évident de leur système de procédure, les Romains ont essayé de parer au moyen des *actions arbitraires*. Dans les actions arbitraires, qui sont en grand nombre en droit romain et qui comprennent notamment toutes les actions réelles [1], le juge rend successivement deux décisions. Dans la première appelée *pronunciatio*, il invite le défendeur à donner au demandeur une satisfaction qu'il précise (et qui est d'ailleurs indiquée par le préteur dans la formule par une mention appelée *clausula arbitraria*).

Si, par exemple, je revendique l'esclave Eros, la *pronunciatio* (on dit aussi *jussus judicis* ou *arbitratus judicis*) invitera le défendeur à me remettre l'esclave Eros; si je réclame le fonds Cornélien, la *pronunciatio* l'invitera à me remettre le fonds Cornélien...

Si l'adversaire défère au *jussus judicis*, le procès est fini. S'il ne s'exécute pas, le juge le condamne à une somme de dommages-intérêts que le demandeur fixe lui-même sous la foi du serment. — Cependant le juge peut taxer ces dommages, s'il craint que le demandeur ne les porte à un chiffre trop élevé * [2].

Comme on le voit, l'action arbitraire, de même que toutes les autres, n'aboutit dans sa seconde partie qu'à une condamnation pécuniaire, — (il existe cependant une grave controverse sur la question de savoir si la *pronunciatio* ne pouvait pas être ramenée à exécution matérielle), — mais elle donne au demandeur la chance d'obtenir la satisfaction même qu'il pour-

1 Elles comprennent *toutes* les actions réelles, mais aussi bon nombre d'actions personnelles : actions *de dolo, quod metus causa, de eo quod certo loco*, paulienne, etc. (Instit. *de act.*, 31).

* 2 Cette *taxatio* n'intervient que lorsque le défendeur est de bonne foi : s'il est de mauvaise foi il est condamné *in quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit* D. 68, *de rei vind.* (Ulpien).

Digitized by Google

suit pour peu que le défendeur, averti par le juge qu'il va perdre son procès, recule devant l'importance des dommages-intérêts dont il est menacé.

525. — *Litiscontestatio :* Cette substitution caractéristique de l'obligation de payer une somme d'argent à l'obligation préexistante au procès se produit au moment précis de la *litiscontestatio,* c'est-à-dire au moment où le défendeur en présence du magistrat, accepte la formule que celui-ci vient de remettre au demandeur[1].

Elle est la conséquence de ce qu'on appelle l'*effet extinctif* de la *litiscontestatio.* La première obligation (restituer un fonds ou un objet, s'abstenir d'exercer une servitude, exécuter un fait convenu, etc.) n'existe plus : *elle est éteinte :* le *reus* est tenu désormais d'une seule chose : se faire juger (*condemnario portere*), et, quand il sera jugé, exécuter la condamnation (*judicatum facere oportere*)[2].

526. — *a*) Le droit transformé par la *litiscontestatio* est dit déduit *in judicium :* il ne saurait revivre sous son ancienne forme ; de là cette conséquence que celui qui laisserait tomber en péremption (*exspiratio judicii*) (V. *infrà*, n. 541 et s.) l'instance par lui introduite et menée jusqu'à la *litiscontestatio*, ne pourrait pas faire valoir dans une nouvelle instance son ancien droit *qui est éteint.* Sa prétention serait repoussée par l'*exceptio rei in judicium deductæ*[3].

1 Girard, *Manuel,* p. 981, n. 4.
2 Gaius, 3, 198.
3 Gaius, 4, 107, 108. Si le *judicium* est *legitimum* (V. *infrà,* n. 540), il ne sera pas nécessaire d'inscrire dans la formule l'*exceptio rei in judicium deductæ ;* l'extinction se produira *ipso jure.* L'extinction se produisait toujours *ipso jure* sous le régime des actions de la loi (les exceptions n'étaient pas inventées). Gaius, *loc. cit.*

Digitized by Google

527. — *b*) La *litiscontestatio* produit un deuxième effet : elle détermine l'époque à laquelle doit se placer le juge pour apprécier l'*existence* et l'*étendue* des droits des parties. Le juge ne connaît que la formule et c'est aussi au moment de la délivrance de la formule qu'il doit se placer pour étudier la question à trancher. Il absoudra, si le droit n'était pas fondé alors, quand bien même il le serait devenu depuis (et réciproquement). Et il se reportera pareillement à ce temps pour déterminer le montant de la condamnation[1].

528. — La *litiscontestatio* a en outre pour effet : 1° d'interrompre la prescription ; 2° d'empêcher de s'éteindre les actions qui ne pouvaient être exercées que pendant un certain temps ou qui ne passent pas aux héritiers du demandeur : *actiones quæ tempore aut morte pereunt semel inclusæ judicio salvæ permanent*[2].

529. — 2me **Restriction des pouvoirs du juge.** — *Condemnationes certæ et incertæ.* — **Actions de droit strict et de bonne foi** : D'ailleurs pour fixer ce montant, le juge ne jouira pas toujours de la même latitude : nous savons qu'il est enserré dans les termes de la formule : il faut donc considérer dans quels termes l'*intentio* pose la question qu'il a à résoudre :

530. — L'*intentio* peut être *certa* ou *incerta* : c'est-à-dire préciser la somme demandée par le poursuivant, ou laisser le juge chargé d'une évaluation.

1 Girard, *Manuel*, 982.
2 D. L. 139, pr. *de div. reg. juris antiqui* (Gaius).

Digitized by Google

« *Si paret* N^{um} N^{um} A^{io} A^{io} *centum dare oportere;* Voilà une *intentio certa.*

« *Quidquid paret ob eam rem* N^{um} N^{um} A^{io} A^{rio} *dare oportere.* » Voilà une *intentio incerta.*

531. — 1° *Intentio certa :* le juge ne peut répondre que par oui ou par non. Le défendeur doit ou ne doit pas *cent* au demandeur. *Il n'y a pas de milieu.*

Que fera donc le juge si le défendeur au lieu de devoir *cent* doit *cinquante?* Ne le condamnera-t-il pas du moins à payer *cinquante?*

Non. La logique brutale des jurisconsultes romains le lui interdit : que dit le magistrat? « Si Num. Negidius doit *cent,* condamne-le, s'il ne les doit pas absous-le ». Du moment que Num. Negidius ne doit que *cinquante,* il ne doit pas *cent* et la consigne rigoureuse du juge est de l'absoudre.

C'est affaire aux demandeurs qui réclament une somme *certa* de calculer exactement le montant de leurs droits. Un sesterce réclamé de trop les expose à perdre toute la somme. C'est ce qu'on appelle la peine de la *plus petitio*[1].

532. — La *plus petitio* peut avoir lieu : 1° *re,* quand on réclame une somme plus forte que celle dont on est créancier ; 2° *tempore,* quand on poursuit le paiement d'une dette avant son échéance; 3° *loco* quand on réclame dans un lieu le paiement d'une dette exigible dans un autre lieu ; 4° *causa* quand on est créancier sous une alternative comme, par exemplé, quand *Primus* doit à *Secundus* un bœuf ou un cheval à son choix, et qu'on prétend exiger nommément l'une des choses dues.

1 Gaius, 4, 53.

Digitized by Google

Dans tous ces cas on est débouté définitivement, complètement, pour le tout et pour toujours. Nous verrons que ces exigences du droit classique ont disparu avec la procédure formulaire (V. *infrà*, n. 566 *in fine*).

533. — 2° *Intentio incerta :* le juge a un pouvoir, une mission d'évaluation, — et la plus-pétition *re* n'est plus possible ; mais la mission du juge varie beaucoup, suivant que l'action à formule *incerta* est une *action de droit strict* ou une *action de bonne foi :* — division importante qui fera l'objet d'une étude approfondie dans notre 2e partie, mais que nous ne pouvons qu'indiquer ici (V. 2e partie, n. 128-132).

534. — Toute action *certa* est de droit strict, mais une action même *incerta* peut être elle-même de droit strict ; en ce cas le juge n'a que le pouvoir d'évaluer, d'expertiser, pour ainsi dire, l'objet défini par l'*intentio,* d'après sa valeur au moment de la *litiscontestatio,* et sans pouvoir tenir compte d'aucune cause de majoration ou de dépréciation.

S'il y a des actions *incertæ* de droit strict, il y en a qui sont dites « *actions de bonne foi* », très reconnaissables aux mots « *ex fide bona* » dont le préteur fait suivre leur *intentio*[1].

Dans ces actions, le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation qui lui est refusé dans les autres, « il a le pouvoir d'apprécier selon la bonne foi le rapport juridique invoqué par le deman-

1 Cicéron, *de officiis*, 3, 17. — Le juge a également un pouvoir d'appréciation dans certaines actions appelées *actiones in æquum et bonum conceptæ* que les romanistes ont longtemps confondues avec les actions de bonne foi, mais qui sont distinctes et dont nous ne pouvons donner ici la théorie (V. Paul Thomas, *Nouvelle Revue hist.*, 1901, p. 541).

Digitized by Google

deur », par conséquent, de tenir compte de tous les éléments intrinsèques ou connexes au litige qui peuvent modérer la condamnation ou la rendre plus sévère[1].

SECTION IV

Durée des actions et des procédures.

535. —**Durée des actions :** Les actions sont *perpétuelles* ou *annales*, c'est-à-dire que les unes peuvent être intentées à n'importe quelle époque, tandis que les autres doivent être portées devant le magistrat dans l'année qui suit la naissance du droit qu'elles consacrent[2].

536. — Mais l'année dont il s'agit ici est ce que les romains appellent une *année utile*[3], c'est-à-dire 365 jours dans lesquels ne sont pas comptés les jours où il n'est pas permis d'agir en justice (*dies nefasti* et *dies comitiales*); on a calculé qu'une année utile vaut près de deux ans[4].

537. — On dit généralement que les actions civiles sont perpétuelles et les actions prétoriennes annales[5]; cela n'est pas absolument exact, car beaucoup d'actions prétoriennes sont perpétuelles, et certaines actions civiles sont temporaires.

1 Gaius, 4, 61 : le texte est mutilé mais le sens n'est pas douteux.
2 Instit. *De perp. et temp. act.*, pr.
3 On oppose l'année *utile* à l'année *continue* de 365 jours.
4 Suivant une doctrine plus récente adoptée par M. Girard, il faudrait entendre par année utile, une année utile *ratione initii*, et non une année utile *ratione cursus*, c'est-à-dire une année qui ne court pas tant que le demandeur se trouve empêché d'agir (n'a pas la *potestas experiundi*), mais qui, dès que le demandeur a eu l'*experiundi potestas*, continue ensuite à courir quoi qu'il arrive. Girard (*Manuel*), p. 711, note 3.
5 D. L. 35, pr. *des obl. et act.* (Paul).

Digitized by Google

538. — Théodose le Jeune réduisit à trente ans la durée des actions qui avaient été perpétuelles jusqu'à cette époque. Cette disposition a passé dans notre droit sous le nom de *prescription des actions*[1].

538 *bis*. — La transmissibilité des actions se liant à la matière des obligations, il en sera traité dans le cours de 2me année (actuellement 2e partie du cours).

539. — **Péremption des procédures** (*exspiratio judicii*). Il ne faut pas confondre la prescription des actions avec la péremption des procédures. Les pouvoirs du juge saisi par une action de la loi duraient indéfiniment; sous la procédure formulaire, ils n'ont qu'une durée limitée.

540. — On distinguait, sous la procédure formulaire les *judicia legitima* organisés à Rome, ou dans un rayon d'un mille autour de Rome, devant un *unus judex*, citoyen romain, entre parties ayant toutes la qualité de citoyen romain.

Tous les autres litiges étaient dits *imperio continentia*[2].

541. — Dans les *judicia imperio continentia* les pouvoirs du juge expirent avec ceux du magistrat qui l'a institué. — Dans les *judicia legitima,* les pouvoirs du juge expirent au bout de 18 mois en vertu d'une disposition formelle de la loi *Julia judiciaria*[3].

Nous dirions en droit français que « la procédure est périmée » — en droit romain, on dit « *judicium exspiravit* ».

1 C. 7, 39. *de præsc.* (Théodose II et Honorius).
2 Gaius, 4, 103-107.
3. *Ibid.*

Digitized by Google

542. — Mais l'*exspiratio judicii* du droit romain a une portée beaucoup plus étendue que la péremption d'instance du droit français.

Rien n'empêche le demandeur français qui a laissé périmer sa procédure, de refaire un nouveau procès. — Le plaideur romain qui a, faute de continuation des procédures, laissé s'accomplir l'*exspiratio judicii*, sera, s'il veut recommencer le procès, repoussé par l'*exceptio rei in judicium deductæ* (V. *suprà*, n. 526).

L'*exspiratio judicii* produit donc indirectement l'extinction du droit du demandeur.

SECTION V

Classification des actions.

543. — **Principales divisions des actions** : Nous n'avons pas voulu interrompre par d'arides classifications la marche rationnelle de notre exposition. On a pu apercevoir cependant, au cours de nos explications, un certain nombre de divisions des actions qu'il importe de rappeler dans une rapide synthèse.

Nous avons distingué, chemin faisant :

1° Les actions *in jus*, et les actions *in factum* (V. *suprà*, n. 518).

2° Les actions civiles et les actions prétoriennes[1] (V. *suprà*, n. 518-521).

3° Les actions directes et les actions utiles (V. *suprà*, n. 521).

4° Les actions *certæ et incertæ* (V. *suprà*, n. 529).

1 Ou plus exactement actions *civiles* et actions *honoraires*.

Digitized by Google

5° Les actions arbitraires et non arbitraires (V. *suprà*, n. 524).

6° Les actions de droit strict et de bonne foi (V. *suprà*, n. 534).

7° Les actions perpétuelles et les actions temporaires (V. *suprà*, n. 535-538).

8° Les *judicia legitima* et les *judicia imperio continentia* (V. *suprà*, n. 540 et s.).

544. — Cette classification doit être complétée par les divisions suivantes :

1° Actions réelles et actions personnelles suivant que l'action consacre un droit réel, ou un droit de créance (V. *suprà*, n. 431). Les particularités des actions réelles seront exposées plus loin (V. *infrà*, n. 608-613) : celles des actions personnelles se rattachent au cours de deuxième année (2e partie du cours).

545. — 2° Les actions *persécutoires de la chose*, et les actions *persécutoires de la peine* qui ont pour but, les premières de faire obtenir au demandeur ce qui lui est dû, en un mot d'empêcher l'appauvrissement de son patrimoine, et les secondes de faire prononcer une amende contre le défendeur. — Cette classification se complète par les actions *mixtes* qui sont à la fois persécutoires de la chose et persécutoires de la peine[1].

546. — 3° Les actions données au simple qui constituent le droit commun, — et les actions données au double, au triple, au quadruple, qui sont un des aspects des actions pénales. L'action est au double, au triple, au quadruple,

1 Instit., *de act.*, 16-19.

Digitized by Google

quand la *condemnatio* enjoint au juge de condamner le défendeur au double, au triple, au quadruple de la valeur définie dans l'*intentio*. La condamnation est alors un produit dont l'*intentio* est le multiplicande et la *condemnatio* le multiplicateur[1].

547. — Les principales actions seront expliquées en même temps que les droits qu'elles sanctionnent.

548. — **Interdits :** Nous devons appeler l'attention sur un groupe d'actions qui présente un type tout particulier : nous voulons parler des *interdits*.

L'interdit était une sorte de décret rendu par le magistrat, sur la demande d'une partie pour ordonner ou défendre quelque chose : « *Exhibeas* — *Restituas* — *Vim fieri veto* ».

Tantôt l'interdit est provoqué par le premier venu dans un intérêt général : Interdit *ne quid in loco sacro fiat; ne quid in loco publico fiat* — tantôt les interdits sont demandés et prononcés pour un intérêt privé dans des cas urgents, notamment en matière de possession.

Si celui contre lequel avait été donné l'interdit s'y soumettait, l'affaire était terminée, s'il refusait d'y obtempérer la contestation devenait un procès que le magistrat renvoyait devant le juge, procès assez périlleux pour la partie qui refusait à tort de se soumettre à l'interdit, parce qu'il entraînait des stipulations pénales (V. 2e partie, n. 212 *bis*) qui majoraient singulièrement la condamnation. — La procédure consécutive à l'interdit inexécuté est

1 *Ibid.*, 21-27.

Digitized by Google

appelée *judicium secutorium*[1]. (Pour l'aspect d'ensemble de la théorie des interdits, rapprocher les alinéas 591-596, 612, 731-734, 822, *infrà*).

SECTION VI

Ensemble d'une procédure au temps des formules.

549. — Nous avons donné jusqu'ici l'esprit de la procédure romaine plutôt que son mécanisme matériel : il convient de dire quelques mots de ce mécanisme, avant de passer à l'exposition du système des *cognitiones extraordinariæ* par lequel il fut profondément modifié.

550. — *Vocatio in jus* : La *vocatio in jus* correspond à ce que nous appelons l'assignation ; il n'existe pas, dans la Rome antique, de fonctionnaires correspondant à nos huissiers. L'appel en justice est fait par le demandeur lui-même, oralement ; si le défendeur refuse de se rendre devant le magistrat, son adversaire peut l'y entraîner de force (*obtorto collo*) *[2].

551. — **Représentation judiciaire :** Sous les actions de la loi, les parties étaient obligées de comparaître en personne, et ne pouvaient se faire représenter en justice par un mandataire. *Nemo alieno nomine lege agere potest.*

Cette règle ne comportait que de rares exceptions

1 Gaius, 4, 141, 163.

*2 Gaius, 4, 46. — Plaute, *passim*. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 20, 2. — Les Romains n'ont pas connu la procédure par défaut. Quand le défendeur se dérobe (*lutitat*), le magistrat, pour vaincre sa résistance, envoie le défendeur en possession de ses biens.

Digitized by Google

admises en matière de tutelle (*pro tutela*), de procès intenté par une cité (*pro populo*); on pouvait aussi, *ex lege Hostilia*, intenter l'action de vol au nom d'un citoyen prisonnier chez l'ennemi ou absent pour le service de l'État[1].

552. — La représentation en justice fut au contraire admise au temps de la procédure formulaire : les parties purent confier la défense de leurs intérêts devant la justice soit à un *cognitor*, soit à un *procurator*.

553. — 1° *Du cognitor* : Le *cognitor* est désigné devant le magistrat, en termes solennels, toutes parties étant présentes[2]. On enseigne assez généralement que le jugement est rendu pour ou contre le *dominus litis* (la partie représentée). M. Girard pense au contraire que, tout au moins dans le droit normal et primitif, le jugement était rendu au nom du *cognitor*[3].

Mais un point sur lequel on est d'accord, c'est que le *cognitor* déduit en justice le droit de la partie représentée, et que celle-ci ne pourrait, méconnaissant la décision rendue, refaire à nouveau le procès sans être repoussée par l'exception *rei in judicium deductæ*[4].

554. — 2° *Du procurator* : Le *procurator* puise ses pouvoirs dans un mandat ordinaire dépourvu de toute forme solennelle. En principe, le *dominus litis* pourrait méconnaître le jugement rendu contre son *procurator* et refaire le procès.

1 Inst., *De iis per quos agere poss. pr.*
2 Gaius, 4, 83.
3 Girard, *Manuel*, p. 99.
4 Gaius, 4, 97, 98.

Digitized by Google

Aussi l'adversaire a-t-il des précautions à prendre : précautions qui consisteront à se faire fournir par le *procurator* la caution « *dominum rem ratam habiturum* » ou, plus brièvement, la « *cautio de rato* ». C'est-à-dire que le *procurator* devra prendre l'engagement, garanti par des fidéjusseurs, de payer à l'adversaire des dommages-intérêts si le *dominus litis* avait la velléité de recommencer l'instance[1].

555. — **Du rôle du magistrat** : La partie de la *legis actio* qui se passe devant le magistrat est moins un débat qu'une cérémonie. « Le magistrat se croirait trop heureux, assure plaisamment Cicéron, s'il pouvait dire quelque chose de son cru » — mais le rituel y avait mis bon ordre[2].

556. — Au contraire, après que la loi *Æbutia* eut constitué les pouvoirs du magistrat, le débat *in jure* devint un véritable procès. Il peut être procédé par-devant le magistrat, pour éclairer le débat, à des interrogatoires (*interrogatio in jure*), et, si l'aveu du défendeur est obtenu, le procès n'ira pas plus loin, car le *confessus in jure* est dans une situation identique à celle du *judicatus*[3].

557. — De plus, le magistrat peut obliger les parties à prendre certains engagements et à se donner certaines garanties sans lesquelles il ne consentirait pas à délivrer la formule. Ce sont les *stipulations prétoriennes* sur lesquelles nous ne pouvons nous appesantir ici.

1 Gaius, 101.

2 Cicéron, *pro Murena*, 12.

3 Au moins s'il s'agit d'une *confessio certæ pecuniæ*, car l'aveu du *principe* d'une dette dont le *quantum* n'est pas déterminé ou reconnu ne termine rien : il faut encore liquider le montant de la dette. — *L. Rubria*, ch. 21. Girard, *Textes*, 67.

Digitized by Google

558. — **Exécution des jugements** : C'est une question discutée que celle de savoir si, au temps des actions de la loi, l'exécution *in ipsam rem* était possible ou si les procès n'aboutissaient pas déjà nécessairement à une condamnation à des dommages-intérêts. Le siège de la controverse est dans le commentaire IV, § 48, de Gaius. L'opinion qui semble prévaloir aujourd'hui est que l'exécution *in ipsam rem* n'existait pas plus sous le régime des *legis actiones* qu'à l'époque de la procédure formulaire.

Il ne s'agissait donc alors, comme à l'époque classique, que de ramener à exécution une condamnation pécuniaire à l'aide des moyens de contrainte alors en usage.

559. — Le moyen de contrainte en vigueur au temps des actions de la loi est la *manus injectio judicati*. Le créancier s'empare de son débiteur, et, s'il n'est pas payé dans les trente jours, il peut le vendre *peregre trans Tiberim*, ou même le tuer. La même coercition était exercée contre les *prædes*[1] que le défendeur avait dû fournir dans certains procès[2].

560. — *Action* JUDICATI : Sous la procédure formulaire, l'exécution sur la personne demeure toujours la voie régulière d'exécution. Le *judicatus* n'est plus menacé de mort ou de vente *trans Tiberim*. Il est *addictus* par le magistrat à son créancier, enfermé par celui-ci dans son ergastule (pri-

1 *Præs* espèce de caution ou plus exactement d'*expromissor* (V. 2e partie, n° 653).

2 La contrainte par corps au temps des actions de la loi se serait exercée contre les *prædes* seuls, si l'on admet que, même en matière contentieuse, le *præs* s'oblige *à la place*, et non *à côté* du débiteur pour lequel il s'engage. — V. Marché de Pouzzoles, Girard, *Textes*, p. 766.

Digitized by Google

son privée) et enchaîné au besoin jusqu'à ce qu'il se soit libéré par son travail. Seulement il est à remarquer que l'exécution est précédée d'une nouvelle action, l'action *judicati*[*1]. Si le *judicatus* conteste l'existence ou la légalité du jugement rendu contre lui, un nouveau débat s'engage, et, si le défendeur y succombe, il est condamné au *double*, ce qui nous montre que cette action *judicati*, création toute romaine, sans analogue dans notre droit, est calquée sur la *manus injectio judicati* des actions de la loi (V. *suprà*, n. 490).

561. — *Exécution sur les biens* (*venditio bonorum*) : Après la loi Pœtelia Papiria (loi de 428 de R. modificative du *nexum*), un nouveau mode d'exécution s'est introduit, la *publicatio bonorum* ou vente en bloc du patrimoine d'un débiteur insolvable (*defraudator*) à un individu qui prend le nom de *bonorum emptor*. Le patrimoine de l'insolvable, après affiches et rédaction d'un cahier des charges, est adjugé aux enchères à celui qui offre aux créanciers le dividende le plus élevé. L'adjudicataire (*bonorum emptor*) prend tout le patrimoine et est tenu de payer les dettes à concurrence du dividende promis[2].

562. — La *venditio bonorum* ne pouvait être ordonnée que par les magistrats de Rome et non par les magistrats municipaux. Ce qui prouve que l'exécution sur la personne reste le moyen de coercition du droit commun[3].

*1 L'*actio judicati*, ce nouveau procès qui précède l'exécution, serait inintelligible à une époque où les jugements sont écrits. Elle s'explique au contraire fort bien dans un temps où il ne restait aucune trace écrite de la décision du juge.

2 Gaius, 3, 78-80.

3 Lex Rubria, chap. 22, *in fine*.

Digitized by Google

563. — *Distractio bonorum :* La *venditio* ou *publicatio bonorum* entraînait l'infamie. Pour éviter la flétrissure aux personnes de rang élevé (les sénateurs, par exemple), on voit s'introduire dès l'époque des premiers Antonins la *distractio bonorum* c'est-à-dire la vente en détail faite au profit des créanciers eux-mêmes par un *curator*. Cette institution, très analogue à notre *saisie* contemporaine, devait arriver à faire disparaître l'ancienne *bonorum venditio*[1].

CHAPITRE III

La procédure extraordinaire.

564. — **Caractère de la procédure extraordinaire :** Le caractère essentiel de la *procédure extraordinaire* (*cognitio extraordinaria*) c'est la disparition de la distinction entre le *jus* et le *judicium*, entre le magistrat et le juge. Le magistrat ne se contente plus d'organiser l'instance, il prononce lui-même.

565. — **Dans quelles conditions et à quelle époque s'est établie la procédure extraordinaire?** On enseigne assez généralement que la procédure extraordinaire fut substituée à l'*ordo judiciorum*, par une constitution de Dioclétien de 294 après J.-C. La vérité est que Dioclétien ne fit que constater un état de fait qui existait déjà. La procédure extraordinaire fonctionnait, depuis le

1 D., *De curat. bon.*, L. 5 (Gaius); L. 9 (Neratius).

Digitized by Google

commencement de l'empire, pour les procès administratifs, et avait été appliquée, en matière privée, dans plusieurs cas. C'est ainsi que le *prætor fideicommissarius*, le *prætor tutelaris*, le *prætor de liberalibus causis* jugeaient *extra ordinem* dans les procès ressortissant à leur juridiction.

Les préteurs judiciaires eux-mêmes (préteur urbain et préteur pérégrin), jugeaient *extra ordinem*, les questions d'honoraires qui intéressaient les médecins, les avocats et les nourrices! Les présidents de province jugeaient en personne ou faisaient trancher par leurs délégués, qu'il ne faut pas confondre avec les juges-jurés, un grand nombre d'affaires[1].

L'œuvre de Dioclétien consista simplement à universaliser une pratique qui était déjà très générale[2].

566. — **Détails principaux de la procédure extraordinaire** : La suppression de l'*ordo judiciorum* est la caractéristique du dernier état de la procédure.

Mais celle-ci a subi bien d'autres modifications : 1° La *vocatio in jus* n'est plus l'œuvre du demandeur lui-même, mais d'un *apparitor*, sorte d'huissier chargé de signifier un *libellus conventionis*. — 2° Les affaires ne se jugent plus publiquement *pro tribunali*, mais dans le *secretarium* où ne pénètre qu'un public privilégié. — 3° De plus, innovation capitale, le juge ne prononce plus exclusivement des condamnations pécuniaires : il peut condamner

1 Voyez le jugement rendu par Blæsius Marianus, préfet de la première cohorte des cavaliers ciliciens, Girard, *Textes*, p. 784.

2 C. *de pedan. jud.*

Digitized by Google

le défendeur *in ipsam rem*, c'est-à-dire à l'accomplissement matériel de l'obligation quand il est possible, et la condamnation est ramenée à exécution par la force publique (*manu militari*). — 4° Enfin la peine de la plus pétition a cessé d'exister dans les actions de droit strict, et le juge peut réduire la condamnation, au lieu de repousser entièrement une prétention exagérée[1].

1 Girard, *Manuel*, 1041-1046.

Digitized by Google

LIVRE V

LA PROPRIÉTÉ

TITRE I

ATTRIBUTS ET ÉVOLUTION DE LA PROPRIÉTÉ

---

567. — **Définition et éléments de la propriété** : La propriété est le droit qu'a une personne de se servir d'une chose, d'en percevoir les fruits et d'en disposer, ce qu'on exprime en latin par les mots : *jus utendi, fruendi* et *abutendi.*

568. — Les peuples primitifs n'arrivent pas du premier coup à cette conception de la propriété individuelle dont le besoin ne s'impose que lorsque les hommes sont passés de l'état pastoral et nomade à l'état agricole et sédentaire.

569. — Le peuple qui devait s'appeler le peuple romain a dû passer, comme tous les autres, par les phases de cette évolution, mais Rome, même dans les temps légendaires, ne nous apparaît qu'avec une population d'agriculteurs déjà familiarisée avec la notion de la propriété individuelle.

570. — Quelques termes de la langue du droit font soupçonner pourtant une période lointaine de copropriété familiale (le terme de *suus heres*, héritier de soi-même par exemple, V. *infrà*, n. 802). Mais à l'époque où nous commençons à la connaître exactement, c'est-à-dire au temps de la loi des XII Tables, la propriété romaine présente un caractère individuel nettement affirmé.

Digitized by Google

TITRE II

LA POSSESSION

CHAPITRE I

Eléments, acquisition, perte de la possession.

---

571. — **La possession** : La propriété, c'est-à-dire le droit d'user, de percevoir les fruits, de disposer de la chose, se révèle extérieurement par le fait de l'usage, de la perception des fruits, de la disposition de la chose. L'ensemble de ces faits constitue la possession, comme l'ensemble des droits auxquels ils correspondent, constitue la propriété. De là cette excellente définition de la *possession* par Ihering : « *La possession est l'extériorité de la propriété* ».

Cependant il peut arriver que ces manifestations extérieures ne correspondent pas à un droit : le voleur accomplit tous les actes par lesquels se révèle la propriété, et pourtant il n'est pas propriétaire ; ajoutons que, s'il n'est pas propriétaire il *veut l'être* et qu'on ne peut, à coup sûr, lui refuser la *prétention à la propriété* (*affectus rem sibi habendi*, *animus dominantis* ou, en grec, ψυχη δεσποζοντος).

572. — L'exercice du *jus utendi*, du *jus fruendi*, peuvent même, dans certains cas, n'impliquer aucune prétention à la propriété. C'est ainsi que la jouissance d'un fermier peut présenter l'aspect exté-

Digitized by Google

rieur de la propriété et cependant celui qui exerce cette jouissance n'a ni la propriété, ni la prétention d'agir en propriétaire.

573. — **Degrés de la possession**. Partant de ces observations, une théorie qui semble plonger ses racines au plus profond du passé, a distingué tout d'abord deux sortes de possession : 1° la *nuda detentio;* 2° la possession protégée ou possession *ad interdicta*.

574. — *Détention et possession :* La *nuda detentio* n'indique aucune prétention à l'appropriation personnelle de la chose.

575. — La *possessio ad interdicta* comporte, au moins en général[1], l'*animus domini* (ou mieux *dominantis*), et les pouvoirs publics sont intervenus pour la protéger au moyen de décisions auxquelles a été attaché le nom d'*interdicta*.

576. — *Possession* AD USUCAPIONEM : Enfin à ces deux termes : la *nuda detentio*, et la *possession protégée*, une formation complémentaire en a ajouté un troisième : la *possessio ad usucapionem :* lorsque la possession s'est prolongée pendant un certain temps, on est arrivé à la considérer comme *fondant le droit de propriété;* nous reviendrons sur ce point en étudiant l'*usucapion* (V. *infrà*, n. 640 ets.).

Il nous suffit de retenir maintenant que la théorie de la possession arrivée à son complet développement distingue : 1° la *nuda detentio*; 2° la possession *ad interdicta;* 3° la possession *ad usucapionem*.

1 Nous disons « au moins en général » parce que certains détenteurs sans *animus domini*, comme le précariste, le créancier gagiste, ont les interdits possessoires.

Digitized by Google

577. — **Eléments de la possession** : La possession proprement dite suppose deux éléments : le *corpus* et l'*animus*.

Le *corpus* est l'élément matériel : la disposition effective de la chose (*detentio, usus rei*).

L'*animus*, c'est l'intention de se comporter vis-à-vis d'elle comme un propriétaire (*affectus rem sibi habendi*)[1].

578. — **Acquisition de la possession** : La possession s'acquiert *animo et corpore :* pas de difficulté en ce qui concerne l'acquisition par soi-même[2].

579. — Quant à l'acquisition par l'intermédiaire d'autrui, la règle est en principe que nous pouvons bien acquérir *corpore alieno*, mais que l'acquisition ne peut avoir lieu qu'*animo nostro :* — ou, si l'on veut, que l'acquisition de la possession admet bien la représentation quant au *corpus*, mais non quant à l'*animus*.

Encore la règle que la possession peut être acquise *corpore alieno* ne s'est-elle pas implantée du premier coup. L'ancien droit n'admit d'abord que l'acquisition de la possession par l'intermédiaire des *personnes* sous la puissance du *paterfamilias :* ainsi le chef de famille devenait possesseur par ses enfants ou ses esclaves; l'appréhension faite par ces derniers était faite pour lui et comme par lui.

En droit classique, on constate que la possession peut s'acquérir *per extraneam personam*. Cette théorie, lentement élaborée, a dû être acceptée d'abord pour les *procuratores* chargés de l'admi-

1 Mühlenbruch.
2 Paul, *Sent.*, 5, 7, 1.

Digitized by Google

nistration générale des biens d'une personne (ces procurations générales n'étaient pas rares et étaient confiées à d'anciens esclaves demeurés les intendants de leurs maîtres); puis on l'admit pour les tuteurs, les curateurs, en dernier lieu, pour les mandataires spéciaux et les gérants d'affaires[1].

580. — Pour l'*animus*, en principe, pas de représentation possible; mais on admet des exceptions pour les tuteurs et les curateurs qui peuvent acquérir la possession au profit de personnes en tutelle ou en curatelle *même à l'insu de ces dernières*[2].

Ajoutons que le *paterfamilias* et le maître acquièrent par une sorte d'*animus* préventif la possession des objets acquis *peculiariter* par l'esclave ou le fils de famille[3].

581. — **Perte de la possession** : La possession se perd incontestablement lorsque disparaissent ensemble et l'*animus* et le *corpus*.

Mais se perd-elle quand un seul des éléments vient à faire défaut? En d'autres termes peut-on retenir la possession *corpore tantum* ou *animo tantum?*

Corpore tantum? Nous n'apercevons pas comment la perte de l'*animus* pourrait être démontrée tant que la détention matérielle subsiste. La perte de l'*animus* est le secret du for intérieur. Nous ne voyons donc pas que l'on puisse accorder une effi-

1 On peut suivre les étapes de l'élaboration de cette théorie dans les textes suivants : D. L., 13 *De adq. rer. dom.* (Neratius) (mandataires généraux et tuteurs). — C. 7, 32, 1 (Sévère et Caracalla) (mandataires spéciaux et gérants d'affaires).

2 D. *De adq. rer. dom.* 13 (Neratius).

3 Girard, *Manuel*, p. 265, n. 4 et 266, n. 2.

Digitized by Google

cacité quelconque à une *volonté de ne plus posséder* qui échappe à toute investigation.

Il existe cependant un cas où la possession se perd *animo tantum*, c'est le cas de *constitut possessoire*, c'est-à-dire le cas où le détenteur *animo domini* convient de posséder désormais pour un tiers, *constituit se possessorum*. Par exemple : Primus possesseur *animo domini* du fonds Cornélien, le vend à Secundus et convient de le conserver à titre de fermier. Le *corpus* de la possession n'a pas changé, mais l'*animus* est passé de Primus à Secundus.

582. — *Animo tantum ?* On a été assez longtemps à admettre que la possession puisse se retenir *animo tantum*. Cela fut admis d'abord pour les *saltus æstivi hibernique*, c'est-à-dire pour les pâturages que l'on n'occupe que pendant une saison : plus tard, la théorie fut généralisée quant aux immeubles : et l'on donna à tout propriétaire qui trouvait un tiers installé dans sa propriété pendant son absence, le droit d'intenter contre cet intrus un simple interdit possessoire, sans avoir à fournir la preuve de sa propriété[1]. — La rétention de la possession *animo tantum* n'a jamais été admise pour les meubles.

583. — **Règle** : *nemo potest sibi causam possessionis mutare :* Serait-il loisible à un détenteur de changer la nature de sa possession et de s'attribuer de son autorité l'*animus domini ?* Ainsi un fermier pourrait-il dire : « Il me déplaît de posséder pour le compte de mon propriétaire ; à

1 D. 27, *de adq. vel am. poss.*; 45, *ibid.*; 46, *ibid.*

Digitized by Google

partir d'aujourd'hui, c'est pour mon propre compte que je veux posséder »?

Non, puisque le véritable possesseur, celui dont le fermier n'est que l'instrument de détention, retient la possession *animo tantum*[1].

584. — Telle a été la possession à son début, telle elle reste entre les mains du détenteur; c'est ce qu'exprime la règle « *nemo potest sibi causam possessionis mutare* », conséquence de la doctrine qui vient d'être exposée au paragraphe précédent (V. *suprà*, n. 583).

CHAPITRE II

La protection possessoire.

---

585. — **De la possession en face de la non-possession** : Les notions qui viennent d'être exposées sont indispensables à l'intelligence de la théorie de la protection possessoire.

Le *possesseur* étant protégé contre le *non-possesseur*, il importe de déterminer avant tout qui est possesseur et qui ne l'est point, à quel moment commence la possession, à quel moment elle finit, par conséquent comment elle s'acquiert, se perd et se retient.

586. — Quoique la possession ne constitue qu'un

1 D. 33, 1, *De usurp. et usuc.* (Julien). — D. 2, *pro herede* (le même). — D. 19, 1 *De adq. vel am. poss.* (Marcien).

Digitized by Google

état de fait, elle procure à celui qui en justifie des avantages de droit fort importants :

Supposons que deux personnes se disputent une chose sans pouvoir, ni l'une ni l'autre justifier d'un titre de propriété : laquelle triomphera ? Celle qui possède. Car il n'y a aucune raison de lui enlever la chose pour l'attribuer à l'autre. « *In pari causa melior est causa possidentis* ».

587. — **De la possession en face de la propriété** : Supposons, au contraire, la *possession en face de la propriété*, la possession succombera et le possesseur devra s'effacer devant le propriétaire. Mais ce dernier sera obligé de jouer le rôle de demandeur à la revendication et, par suite, de faire la preuve de son droit de propriété. Le possesseur se trouvera par conséquent dans une situation plus avantageuse.

Le possesseur est donc protégé *définitivement* contre le non-possesseur non propriétaire et protégé *provisoirement* contre le propriétaire non possesseur.

588. — **Fondement de la protection possessoire** : Pourquoi la loi protège-t-elle la possession qui est un *fait* et non pas un *droit*? Il y a sur ce point deux théories célèbres : celle de Savigny et celle de Ihering.

589. — La théorie de Savigny fait reposer la protection possessoire sur la paix publique. Si la possession n'était pas protégée, les hommes passeraient leur temps à se dépouiller les uns les autres. Il est donc d'un puissant intérêt social de maintenir les situations de fait, tant qu'elles ne sont pas mises en échec par la démonstration d'un droit contraire.

Digitized by Google

590. — La théorie de Ihering repose sur cette idée, que la loi, en la personne du possesseur, voit le propriétaire (ce qui sera la plupart du temps conforme à la vérité), et, si elle protège la possession qui est l'*apparence* de la propriété, c'est pour protéger plus efficacement la propriété elle-même. Aussi devons-nous retenir, à côté de la formule déjà citée de Ihering, cette autre formule métaphorique et, par cela même, d'autant plus saisissante de M. Girard : « *la possession est l'ouvrage avancé de la propriété*[1] ».

Nous dirions, s'il nous était permis d'exprimer une opinion personnelle, que chacune des théories concurrentes a sa part de vérité. La théorie de Ihering justifie mieux les interdits *retinendæ possessionis :* celle de Savigny explique d'une façon plus satisfaisante les interdits *recuperandæ possessionis.*

591. — **Actions qui protègent la possession :** La possession est protégée par les interdits possessoires qui se divisent en deux groupes principaux : 1° Les interdits *retinendæ possessionis causa,* dont le but est de maintenir le possesseur en possession; 2° les interdits *recuperandæ possessionis causa,* qui ont pour but de lui faire recouvrer une possession matériellement perdue *[2].

592. — *Interdits* RETINENDÆ POSSESSIONIS *:* Il y en a deux *:* l'interdit *utrubi* pour les meubles, l'interdit *uti possidetis* pour les immeubles.

1 Girard, *Manuel,* p. 263.

*2 Inst., *de interd.* 4. Il y a aussi des interdits *adipiscendæ possessionis,* par lesquels le préteur attribue la possession à une personne qui la lui demande, l'interdit *quorum bonorum* p. ex. : mais ce ne sont pas là des interdits qui *protègent* la possession, puisqu'au moment de la prononciation de l'interdit, la possession *n'existe pas encore.*

Digitized by Google

1° *Interdit* UTRUBI : De deux personnes qui prétendent de part et d'autre à la possession d'un meuble, l'interdit *utrubi* fait triompher celle qui a possédé le meuble le plus longtemps dans l'année qui précède.

2° *Interdit* UTI POSSIDETIS : Cet interdit attribue la possession de l'immeuble à celle des deux parties qui le possède [1] au moment de la comparution.

593. — Il n'est pas inutile de faire remarquer ici que la loi française a pris absolument le contrepied du système romain. En cas de conflit sur la possession d'un *immeuble*, la partie qui l'emporte en droit français est celle qui justifie d'une possession prolongée (possession annale). Au contraire, en ce qui concerne les meubles, la possession actuelle non seulement fait triompher celui qui en justifie, mais elle équivaut pour lui à un titre de propriété. « En fait de meubles, possession vaut titre » (art. 2279, C. civ.).

594. — *Interdits* RECUPERANDÆ POSSESSIONIS : 1° L'interdit *unde vi*, qui ne s'appliquait qu'aux immeubles et qui est accordé au *dejectus* (celui qui a été dépossédé par violence d'un immeuble) contre le *dejiciens*. C'est sur l'application de cet interdit que Cicéron a prononcé le plaidoyer *pro Cœcina*.

595. — 2° L'interdit de *precario* accordé à celui qui a fait une concession révocable, dite *precarium*, pour se faire remettre la chose concédée.

596. — 3° On admet l'existence sous la République d'un interdit *de clandestina possessione*

1 Il faut que sa possession ne soit pas vicieuse, c'est-à-dire qu'elle ne possède *nec vi, nec clam, nec precario*.

Digitized by Google

symétrique à l'interdit *unde vi*, et donné à l'occasion de l'occupation clandestine d'une propriété momentanément déserte. — La théorie de la rétention de la possession *animo tantum* aurait fait tomber cet interdit en désuétude. — Il y avait lieu d'intenter simplement, dans ce cas, l'interdit *uti possidetis* (*retinendæ possessionis*)[1].

1 Justinien, aux Institutes, nous parle d'interdits à double effet *tam adipiscendæ, quam recuperandæ possessionis* : Cujas se désespérait de n'avoir jamais pu découvrir aucun spécimen de ces interdits : la découverte du *fragmentum vindobonense* nous a appris qu'il s'agissait de l'*interdit quem fundum*, et des interdits calqués sur ce type.

Digitized by Google

TITRE III

DIVERSES ESPÈCES DE DOMAINE

597. — **La propriété quiritaire** : — La loi des XII Tables n'a connu qu'une seule espèce de propriété : la propriété *quiritaire* (*dominium ex jure quiritium*), qui suppose un propriétaire romain et un objet romain [1].

Les pérégrins et le sol étranger (à moins que ce sol ne bénéficie de la concession du *jus italicum*) en sont exclus.

598. — **Son objet** : — La propriété romaine, limitée d'abord aux *res mancipi*, a commencé par s'étendre aux *res nec mancipi* acquises par les citoyens par simple tradition, mais en laissant toujours de côté, les choses qui, par leur nature, étaient insusceptibles de propriété quiritaire : les fonds provinciaux notamment. Le sol des provinces n'est pas en effet dans le patrimoine des particuliers ; il appartient au peuple romain ; il ne peut donc faire l'objet que d'une sorte de concession perpétuelle dont la différence avec le *dominium* s'affirme par l'impôt (*stipendium* ou *tributum*) que paie le sol provincial et dont le sol italique est affranchi [2].

599. — *L'in bonis :* Plus tard la jurisprudence a introduit, à côté du *dominium ex jure quiritium*,

1 « *Quo jure etiam populus romanus olim utebatur : aut enim ex jure quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus* », Gaius, 2, 40.

2 Gaius, 2, 21.

Digitized by Google

un droit moins complet, une sorte de propriété selon le droit des gens, dont le titulaire est appelé par Théophile, dans sa paraphrase des Institutes δεσπότης βονιτάριος : de là l'expression *domaine bonitaire* employée par les commentateurs mais parfaitement étrangère à la langue juridique romaine. Les jurisconsultes romains disent du fait d'avoir ce domaine d'ordre inférieur « *in bonis habere* », mais ils n'ont jamais imaginé aucun adjectif correspondant à cette idée [1].

600. — **Objets du domaine bonitaire** : On peut avoir *in bonis* soit des objets susceptibles de propriété quiritaire, mais sur lesquels cette propriété n'est pas encore acquise; — soit des objets qui ne pourront jamais faire l'objet du *dominium ex jure quiritium*. Cette distinction, qui passe souvent inaperçue, est à retenir, car la sanction du droit n'est pas absolument la même dans les deux cas (action publicienne dans le premier, *vindicatio utilis* dans le second).

601. — *L'in bonis* **et le droit prétorien** : La propriété *bonitaire* (nous continuerons à l'appeler ainsi faute d'expression mieux appropriée) fut couverte par le droit prétorien d'une protection efficace et « la distinction finit par être dans les mots plus que dans les choses [2] ».

602. — **La propriété sous Justinien** : Sous Justinien, le *dominium ex jure quiritium* n'existe plus en fait : « Il ne reste que comme une énigme servant d'épouvantail dans l'étude des lois. L'em-

1 Gaius, 2, 40.
2 *Ibid.* — Ortolan, *gén. du dr. romain.*

Digitized by Google

pereur le supprime. De même qu'aux temps antiques, on ne reconnaît plus qu'une seule propriété; mais au lieu de la propriété *ex jure quiritium*, exclusivement propre aux Romains, c'est la propriété ouverte à tous et sur tous les territoires : le droit civil a cédé la place au droit des gens[1] ».

1 Ortolan, *gén. du dr. romain.*

Digitized by Google

TITRE IV

SANCTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

CHAPITRE I

Généralités.

---

603. — **Actions qui protègent la propriété** : Le domaine quiritaire est protégé par la *rei vindicatio,* — le domaine bonitaire susceptible de se transformer en domaine quiritaire (au profit du possesseur *in causa usucapiendi*) par l'action publicienne ; — le domaine bonitaire insusceptible de se transformer en domaine quiritaire soit parce que la chose possédée ne peut être l'objet, soit parce que le possesseur ne peut être le sujet du *jus quiritium* (p. ex. un fonds provincial ou un possesseur pérégrin), par une *rei vindicatio utilis.*

Digitized by Google

CHAPITRE II

La revendication.

---

604. — **La revendication sous le régime des actions de la loi** : Au temps des actions de la loi, la revendication du domaine quiritaire se fait au moyen de la *legis actio sacramenti.*

Les parties amènent devant le magistrat l'objet du procès, un esclave, une bête de somme...; s'il s'agit d'un fonds de terre ou d'une maison, on apportera un morceau de la chose, une motte de terre ou une tuile. La partie demanderesse touche l'objet de sa baguette et dit : « *Hunc ego hominem* (nous supposons qu'il s'agit d'un esclave) *meum esse aio ex jure quiritium secundum suam causam; sicut dixi ecce tibi vindictam imposui.* C'est la *vindicatio.*

L'adversaire, touchant à son tour de sa *vindicta* l'objet en litige, répète la même formule : c'est la *contravin dicatio.*

Les deux parties simulent ainsi une espèce de combat qu'on appelle la *manuum consertio.*

« *Mittite ambo hominem* » (ou *rem*) dit le préteur : les parties lâchent l'objet du litige et le dialogue se poursuit :

Primus : « Je te demande pourquoi tu as revendiqué? »

Secundus : « *Jus peregi sicut vindicta m imposui* ».

Primus : « Comme tu as revendiqué injustement, je te provoque par le *sacramentum de 500 as* (*quando tu injuria vindicavisti, D æris sacramento te provoco*).

Secundus : « Et moi de même » (*similiter ego te*) [1].

605. — Alors le préteur commençait par attribuer la possession provisoire de l'objet en litige à l'une des deux parties qu'il choisissait a son gré [2], mais en revanche il obligeait

1 Gaius, 4, 16.

2 *Contrà*, Cuq, *Institutions*, p. 411, note 1; cependant le texte de Gaius nous paraît probant en ce sens : « *Postea prætor secundum alterum eorum vindictas dicebat id est interim aliquem possessorem constituebat* ». Conf. Girard, *Manuel*, p. 328; conf. Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 320 à 328.

Digitized by Google

cette partie à fournir des cautions assurant, en cas de perte, la restitution de la chose et des fruits (*prædes litis ac vindiciarum*) [1].

Le *sacramentum* était d'abord consigné : plus tard on se contenta d'en assurer le paiement par des cautions (*prædes sacramenti*).

606. — Ces formalités accomplies, les parties prenaient à témoins les personnes présentes en disant « *testes estote* ». C'était la fin de la procédure *in jure* (la *litiscontestatio*) : le magistrat n'avait plus qu'à renvoyer le débat devant le juge, et nous rappelons que, lorsqu'il s'agit d'une question de propriété, le juge est le tribunal des centumvirs.

607. — Le tribunal déclare *justum* le *sacramentum* de la partie à laquelle il donne gain de cause, *injustum*, le *sacramentum* de celle qui perd son procès * [2]. Cette déclaration de principes ne termine évidemment pas le litige, si la partie qui a obtenu la possession provisoire n'est pas déclarée propriétaire. Il faut encore faire fixer le montant des restitutions auxquelles a droit la partie injustement dépossédée. Cette fixation est faite par des arbitres (*arbitrium liti æstumandæ*) [3] et le recouvrement des dommages-intérêts ainsi déterminés se poursuit par voie de contrainte par corps (*manus injectio*) contre les *prædes litis ac vindiciarum*.

608. — **La revendication au temps de la procédure formulaire** : A l'époque des formules, l'action en revendication peut se présenter sous deux aspects : le demandeur agit soit *per sponsionem*, soit *per formulam arbitrariam*.

609. — *Procédure* PER SPONSIONEM : C'est un souvenir évident du *sacramentum ;* peut-être une

1 Gaius, *loc. cit.*

* 2 Le tribunal peut même déclarer les deux *sacramenta injusta*, considérant que les contendants ne sont propriétaires ni l'un ni l'autre. Alors, par une sorte de force d'inertie, l'objet du litige reste aux mains de celui auquel la possession provisoire a été attribuée par le préteur.

3 Valerius Probus, *Notæ*. Girard, *Textes*, p. 172 ; loi Acilia *repetundarum*, ligne 58; Girard, *Textes*, p. 87; mais comme le dit M. Girard, cet *arbitrium* sera la plupart du temps superflu : le plaideur condamné ne laissera pas exécuter la *manus injectio* contre ses *prædes* (Girard, *Manuel*, p. 328-329).

Digitized by Google

procédure de transition (elle serait née au temps des actions de la loi).

Au moyen d'engagements réciproques pris devant le magistrat (*sponsio* et *restipulatio*), les parties font une sorte de pari sur la propriété. Celle qui perd son pari perd son procès. Ce n'est là qu'un artifice de procédure, car le perdant ne paie même pas le montant du pari. Ce qu'expriment les jurisconsultes romains en disant que la *sponsio* et la *restipulatio* de l'action en revendication sont *préjudicielles* et non *pénales*[1].

610. — *Procédure* PER FORMULAM ARBITRARIAM (on dit aussi *per formulam petitoriam*) : La formule, très simple, pose au juge la question de propriété.

« *Si paret fundum Cornelianum Auli Agerii esse ex jure quiritium* ».

Cette *intentio* est immédiatement suivie d'un *arbitratus judicis* (nous avons dit en effet que toutes les actions réelles sont arbitraires) :

« *Neque is fundus arbitratu tuo restituatur* ».

Vient ensuite la *condemnatio* : « *judex, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna : si non paret, absolve* ».

« Juge, condamne N. N. à payer à A. A. une somme égale à l'intérêt du litige ; si la demande ne te paraît pas fondée, absous ».

611. — Nous retrouvons ici l'application de tous

1 Galus, 4, 94... Si la procédure *per sponsionem* a pris naissance dès le temps des actions de la loi, son but aurait été de substituer à la *legis actio sacramenti in rem* la *legis actio sacramenti in personam*, plus simple, parait-il, mais dont les détails ne nous sont pas connus (M. Jobbé-Duval, à son cours).

Digitized by Google

les principes que nous avons posés en matière d'action arbitraire (V. *suprà*, n. 524 et s.), *pronuntiatio* préalable du juge, et, dans le cas où le défendeur ne se soumet pas à la *pronuntiatio*, condamnation pécuniaire : (ajoutons que le montant de cette condamnation sera fixé par le serment du demandeur, sauf taxation du juge).

612. — **Interdit** *quem fundum* : Il n'y a pas lieu, dans la procédure *per formulam arbitrariam* à l'attribution provisoire de la possession par le magistrat. La possession est conservée de droit par le défendeur : cependant, cette situation peut se trouver modifiée. Le défendeur doit fournir devant le magistrat caution de payer le montant de la condamnation à intervenir : c'est la *cautio judicatum solvi*, transformation évidente de l'ancien engagement des *prædes litis ac vindiciarum*. Si le défendeur ne fournit pas de garants (fidéjusseurs), le préteur, par un interdit (l'interdit *quem fundum*)*[1], adjuge la possession au demandeur à charge par celui-ci de fournir lui-même la *cautio judicatum solvi*. Les rôles sont alors renversés et, avec eux, le fardeau de la preuve.

613. — La nécessité pour le possesseur de fournir la *cautio judicatum solvi* est spéciale aux actions réelles et fait la grande supériorité des droits réels sur les droits de créance.

614. — **Étendue de la satisfaction à accorder au demandeur en matière de revendication :**

* 1 *Quem fundum* s'il s'agit d'un fonds, *quem hominem* s'il s'agit d'un esclave, *quam hereditatem* dans l'action en pétition d'hérédité, *Fragm. Vindob.*, fr. III. Girard, *Textes*, p. 421.

Digitized by Google

Il faut encore nous placer successivement au temps des actions de la loi et à l'époque de la procédure formulaire.

615. — Au temps des actions de la loi, l'*arbitrium liti æstumandæ* comprenait-il les fruits perçus par le défendeur avant la *litiscontestatio ?* Nous n'avons pour résoudre cette question qu'un texte mutilé de Festus (v° *Vindiciæ*) qui fait dire à la loi des XII Tables :

« *Si vindiciam falsam tulit..... tor tres arbitros dato fructuum duplione decidito* ».

Ce qui semblerait vouloir dire : « Si un possesseur est condamné... préteur nomme trois arbitres : — que le débat soit tranché par l'allocation du double des fruits ».

Mais M. Esmein pense qu'il ne s'agit là que des fruits perçus depuis la *litiscontestatio*[1]; et que la restitution des fruits antérieurs devait être demandée par une action séparée. Quelle pouvait être cette action? Une *condictio furtiva* suivant Ihering, une *condictio sine causa* suivant M. Esmein, — *condictio* qui, quel que soit son caractère, ne pourrait être intentée, comme nous allons le voir tout à l heure, que contre le *possesseur de mauvaise foi*[2].

616. — Au temps des formules, la question se simplifie en ce sens qu'il n'est pas douteux que la *satisfactio* imposée par le juge au demandeur dans la *pronunciatio* doive comprendre les fruits, et que dans la condamnation, il sera tenu compte de la valeur de ces fruits : ce qui est dû par le possesseur condamné, c'est la valeur de la chose *cum omni causa*[3]. Mais cette restitution des fruits est soumise à des règles différentes suivant que le défendeur est un possesseur de *mauvaise* foi ou un possesseur de *bonne* foi.

617. — **Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi** : Il n'y a pas lieu de distinguer entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi en ce qui concerne les fruits perçus depuis la *litis contestatio;* ces fruits

1 Esmein, *Mélanges*, p. 192.
2 Esmein, *Mélanges*.
3 D. l. 20, *de rei vind.* (Gaius).

Digitized by Google

sont toujours restituables : en réalité le possesseur averti par un procès ne peut plus garder une confiance entière dans son droit : il cesse d'être complètement de bonne foi.

618. — En ce qui concerne les fruits perçus avant la *litiscontestatio*, la situation du possesseur de bonne foi et celle du possesseur de mauvaise foi deviennent très différentes.

Le possesseur de mauvaise foi est comptable de tous les fruits, consommés ou non consommés, de ceux qu'il a négligé de percevoir aussi bien que de ceux qu'il a perçus. Pas de difficulté sur ce point*[1].

619. — Le possesseur de bonne foi est tenu d'après les textes du Digeste de restituer seulement les *fructus extantes:* il serait, semble-t-il, tenu de restituer les fruits qu'il a perçus de bonne foi, mais qu'il n'a pas encore consommés.

Qu'il en soit ainsi à l'époque de Justinien, cela n'est pas douteux. Mais en était-il réellement de même à l'époque classique? Il se trouve des textes, même dans le Digeste, pour poser en principe que le possesseur de bonne foi acquiert les fruits (*fait les fruits siens* suivant l'expression consacrée) par la *perception*, c'est-à-dire avant de les avoir consommés[2].

Un certain nombre de textes d'auteurs classiques insérés au Digeste semblaient suspects de

* 1 Cela résulte *a contrario* de tous les textes qui limitent l'obligation du possesseur de bonne foi; — de la loi 22 C. *de rei vind.* (Diocl. et Maxim.) interpolée en un autre point par Justinien. — Cependant la restitution des fruits que le possesseur de mauvaise foi a négligé de percevoir ne daterait, d'après M. Girard (*Manuel*, p. 336, note 2), que d'une constitution de Valentinien et Valens de 362 (C. Théod. *de fruct.*, 1).

2 D. 1. 48, *de A. R. D.*; 25, 1, *de usur. et fruct.*

Digitized by Google

remaniement[1], et c'était une question très débattue entre les romanistes que celle de savoir si, à l'époque classique, les fruits étaient acquis au possesseur de bonne foi par la *perception* ou seulement par la *consommation* comme paraissaient le dire les textes suspects. Cette controverse a pris fin. Une constitution du Code Théodosien, la loi 1. *de fructibus*, qui avait passé inaperçue a été signalée dans ces derniers temps par un jurisconsulte allemand M. de Czilarz : cette constitution[2] dit nettement que le possesseur de bonne foi acquiert les fruits *par la perception.* Comme le Code Théodosien se place entre les textes du Digeste et l'époque de Justinien, il en résulte que l'acquisition des fruits par la *consommation* qui a pour conséquence la restitution des fruits *extantes*, a été établie par Justinien et que cet empereur a audacieusement remanié les textes des jurisconsultes classiques auxquels il fait donner comme admise de leur temps une solution qui est de son invention.

Nous devons donc poser en principe qu'à l'époque classique, le possesseur de bonne foi poursuivi par une action en revendication ne doit tenir compte au revendiquant que *des fruits perçus depuis la litiscontestatio.*

1 D. 4. 19, *De usurp. et usuc.* Paul. — V. aussi au Code, L. 22, *De rei vind.*

2 Déjà citée note 1, page 209.

Digitized by Google

CHAPITRE III

L'action publicienne.

620. — **Principe de l'action** : Nous verrons un peu plus loin (V. *infrà*, n. 641) que lorsqu'une chose susceptible de propriété quiritaire, a été possédée pendant un certain temps (un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles) par une personne qui peut devenir *dominus ex jure quiritium*, le domaine *bonitaire* se transforme en domaine quiritaire au profit du possesseur par l'effet de l'*usucapion* (V. *infrà*, n. 640 et s.).

Un préteur du nom de Publicius, d'époque incertaine, eut l'idée d'escompter le délai de l'usucapion en donnant à celui qui se trouve *in causa usucapiendi*, dans le cas où il vient à être dépossédé par un tiers, une *revendication anticipée*, qui, du nom de son inventeur, a pris le nom d'*action publicienne*[1].

621. — La « publicienne » est un type très net d'action *fictice* (V. *suprà*, n. 519). Le préteur enjoint au juge de considérer comme accomplie une usucapion en voie de s'accomplir.

622. — *Exceptio justi dominii* : L'action publicienne, efficace contre tous les possesseurs, échouerait néanmoins contre le propriétaire *ex jure quiritium*. Elle serait, en ce cas, paralysée par l'exception *justi dominii*[2].

1 D. *de pub. in rem act.*, pr. (Ulpien).
2 D. 16, *de pub. in rem act.* (Papinien).

Digitized by Google

623. — *Replicatio rei venditæ et traditæ :* Il y a cependant une hypothèse où le *dominus ex jure quiritium* ne pourrait obtenir gain de cause contre le possesseur *in causa usucapiendi :* c'est lorsque le *dominus ex jure quiritium* est l'auteur du possesseur *in causa usucapiendi.*

Je suppose que *Primus* ait vendu et livré à *Secundus* une *res mancipi. Primus* a conservé le *dominium ex jure quiritium,* et *Secundus* n'a acquis que le domaine bonitaire.

Par suite d'une circonstance quelconque, Primus rentre en possession de la chose. Secundus intente contre lui l'action publicienne. Sans doute, Primus sera fondé à lui opposer l'*exceptio justi dominii,* à lui tenir ce langage : « Vous avez l'objet *in bonis,* mais moi j'en suis propriétaire *ex jure quiritium* et votre droit s'efface devant un droit supérieur ». — A cela *Secundus* répondra : « Vous êtes mal venu à contester mon droit, car c'est vous-même qui m'avez vendu et livré l'objet en litige ». Condensée dans la formule, cette objection constituera ce qu'on appelle la *replicatio rei venditæ et traditæ*[1].

CHAPITRE IV

Autres actions protectrices de la propriété.

---

624. — **Revendications utiles** : Pour intenter l'action publicienne, il faut être *in causa usu-*

1 D. L. 1., *de excep. rei vend. et trad.* (Ulpien). L. 3, *ibid.* (Hermogénien).

Digitized by Google

capiendi et pour cela deux choses sont nécessaires ; il faut : 1° que l'objet du litige puisse être usucapé ; 2° que le possesseur puisse usucaper.

La première de ces conditions ferait défaut si l'objet en litige était un fonds provincial ; la seconde, si le possesseur était un pérégrin.

Au lieu de l'action publicienne, impossible dans les hypothèses prévues, le préteur donne une *revendication utile*[1] (V. *suprà*, n. 521). Cette revendication utile doit si peu être confondue avec l'action publicienne directe, qu'il existe une *action publicienne utile* dans laquelle le préteur escompte, non plus l'usucapion, mais la *præscriptio longi temporis*. La rédaction de cette « publicienne utile » n'est pas parvenue jusqu'à nous[2].

625. — **Action rescisoire** : Nous ne parlerons pas ici de l'*action rescisoire* ou *contraire à la publicienne* dont traitent certains commentateurs. Ce n'est qu'une forme mal qualifiée de la *restitutio in integrum*.

626. — **Action** *ad exhibendum* : L'action *ad exhibendum* est l'auxiliaire et parfois la préface de la *rei vindicatio*. Cette action, que l'on fait, sans preuves d'ailleurs, remonter aux XII Tables, « sanctionne l'obligation mise à la charge de celui qui a une chose entre les mains de la présenter, de l'exhiber sur la demande de quiconque veut intenter une action relativement à cette chose[3] ».

1 Gaius, 4, 37, donne une idée des fictions qui peuvent être en pareil cas introduites dans la formule.
2 D. 12, 2, *de pub. in rem act.* (Paul).
3 Cuq, *Institutions*, p. 508. Girard, *Manuel*, p. 620.

Digitized by Google

Si nous supposons un propriétaire dépossédé en face d'un adversaire qui prétend n'avoir pas la chose entre les mains, ce propriétaire intentera l'action *ad exhibendum*.

Prouve-t-il que le défendeur se refuse par mauvaise volonté à l'exhibition de la chose? le défendeur sera condamné au double de la valeur de cette chose. Obtient-il, sur la *pronunciatio* du juge (l'action en effet est arbitraire), l'exhibition qu'il réclame? il pourra alors intenter la revendication.

Digitized by Google

TITRE V

MODES D'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ

DIVISION

---

627. — **Modes originaires et dérivés :** Les modes d'acquisition de la propriété se divisent d'abord en modes *originaires* et modes *dérivés :* il y a *mode originaire* lorsque la propriété naît pour la première fois en la personne d'un individu (par ex. : le gibier dont on s'empare à la chasse appartient à celui qui le prend en vertu d'un mode originaire); il y a mode *dérivé* lorsque la propriété est transmise d'un individu à un autre.

628. — **Modes d'acquisition du droit civil et du droit naturel :** A un autre point de vue, les modes d'acquérir la propriété se divisent en modes du droit civil et modes du droit naturel. Les modes du droit civil sont la mancipation, l'*in jure cessio*, l'adjudication, l'usucapion et la loi... On ajoute assez habituellement la *tradition* qui peut passer pour appartenir au droit naturel comme au droit civil[1].

Les modes d'acquérir du droit naturel sont l'occupation et l'accession.

1 Ulpien, *Reg.*, 29, 2.

Digitized by Google

CHAPITRE I

Modes du droit civil.

629. — **La mancipation** : La mancipation ne s'applique pas à la transmission de toutes les choses, mais seulement à la transmission des *res mancipi*[1]. La mancipation est une forme solennelle d'acquisition qui exige la présence de cinq témoins et d'un *libripens* (porte-balance), tous citoyens romains et pubères. — Cependant, les pérégrins peuvent y figurer quand ils ont le *jus commercii*[2].

En présence des témoins et du *libripens*, l'acquéreur, touchant l'objet, ou tout au moins une partie représentative de l'objet (par exemple une tuile pour une maison), prononce ces paroles : « *Hunc ego hominem* (nous supposons qu'il s'agit d'un esclave) *meum esse aio ex jure quiritium isque mihi emptus esto hoc ære æneaque libra* », et, cela dit, il frappe la balance avec la pièce de bronze qu'il tient à la main.

630. — Cette cérémonie, dans le dernier état du droit, est purement symbolique : elle s'explique historiquement. La mancipation a en effet passé par trois périodes : la période de l'*æs rude*, celle de l'*æs signatum* et celle de la monnaie.

1 Ulpien, *Reg.*, 19, 3.
2 *Ibid.*, 19, 4, 5.

Digitized by Google

A l'époque où les Romains ne connaissaient point la monnaie, le signe représentatif dont on se servait pour les transactions consistait en lingots de cuivre : la balance servait réellement à peser la quantité de cuivre nécessaire pour parfaire le prix d'acquisition, et l'acquéreur qui faisait sonner les lingots sur le plateau de la balance, ne faisait pas autre chose que vérifier au son l'aloi du métal. Ce métal, en effet, n'était pas poinçonné : c'était l'*æs rude*.

Plus tard, l'État poinçonna les lingots : il était toujours nécessaire de les peser, mais on ne les faisait plus sonner que pour accomplir le rituel : c'est la période de l'*æs signatum* (l'*æs signatum* n'est pas une monnaie comme l'ont cru quelques interprètes, mais un lingot poinçonné).

Lorsque la monnaie fut frappée par l'État (vers 305 de R.), on n'eut plus besoin de peser les espèces : il suffit de les compter. A partir de ce moment, la cérémonie de la mancipation devint purement symbolique[1].

631. — *L'in jure cessio* : L'*in jure cessio* est un procès simulé qui se passe en présence du magistrat, devant lequel le vendeur et l'acheteur se présentent ensemble : l'acquéreur, touchant l'objet de sa baguette, prononce ces paroles : *Hunc ego hominem meum esse aio ex jure quiritium et ecce ei vindictam imposui* ». L'aliénateur, au lieu de faire de même à l'effet d'élever une prétention contraire, baisse sa baguette (*vindicta*), en disant « *Cedo* » (je ne résiste pas), et le magistrat déclare la pro-

1 Girard, *Manuel*, p. 280-281. — Cuq, *Institutions*, p. 253. — Gaius, 1, 119, 22.

Digitized by Google

priété existant (*addicit*) au profit de celui qui l'a revendiquée sans contradiction * [1].

632. — *L'adjudicatio :* Le troisième mode civil d'acquisition est l'*adjudicatio*. C'est l'attribution (et non la déclaration comme dans l'*in jure cessio*) de la propriété faite par le juge. Elle se présente dans trois actions : les actions *familiæ erciscundæ* (en partage de succession), *communi dividundo* (en partage de communauté), *finium regundorum* en bornage [2].

633. — Dans ces trois actions, le juge, en dehors du pouvoir de prononcer des condamnations pécuniaires que lui conférait la *condemnatio* de la formule, avait un pouvoir d'attribution de propriété qu'il puisait dans la clause de la formule particulière aux trois actions précitées, clause qui portait précisément le nom d'*adjudicatio*.

634. — L'*adjudicatio* désigne donc tout à la fois la clause de la formule qui donne au juge des pouvoirs spéciaux et l'exercice de ces pouvoirs.

635. — **La tradition** : C'est la remise matérielle et sans formes de la possession d'une chose par l'aliénateur à l'acquéreur, ou tout au moins la mise de la chose à la disposition de l'acquéreur (comme par exemple, lorsqu'on remet à l'acheteur les clés du grenier qui contient le blé vendu). Elle présente cela de particulier que c'est à la fois un mode d'acquisition de droit naturel, et un mode d'acquisition de droit civil. Si son caractère la rattache évidemment au droit naturel, le droit civil

* 1 Gaius, 2, 24. — Ulpien, *Reg.*, 19, 9. L'*in jure cessio* s'applique aux *res mancipi* et *non mancipi* (Ulp., *loc. cit.*)
2 Ulpien, *Reg.*, 19, 16.

Digitized by Google

en a fait le mode régulier de transmission de la propriété des *res nec mancipi*[1].

636. — *Justa causa :* Toute tradition cependant n'est pas translative de propriété : la tradition, par elle-même, est un acte à plusieurs fins : je fais tradition de ma chose aussi bien à l'emprunteur auquel je la prête, au dépositaire auquel je la confie, au preneur auquel je la loue, qu'au vendeur ou au donataire que j'entends rendre propriétaire. La tradition ne se caractérise donc que par l'intention qui y est attachée : elle ne sera translative de propriété qu'autant que le *tradens* aura eu l'intention de transférer la propriété et l'*accipiens* l'intention de l'acquérir. C'est cette *intention de transférer la propriété* que le droit romain appelle la *justa causa*[2].

637. — C'est la tradition *cum justa causa* qui opère le déplacement du *dominium;* et le droit romain a poussé si loin cette théorie que, dans les ventes au comptant, le vendeur qui, contrairement à son intention, ne reçoit pas le prix, ne cesse pas d'être propriétaire. Il n'avait pas, en livrant imprudemment sa chose, l'intention d'en perdre la propriété sans être payé : la tradition n'est pas réputée faite *cum justa causa*[3].

638. — Appliquée à une *res nec mancipi*, la tradition *cum justa causa* opère le déplacement de la propriété : appliquée à une *res mancipi*, en droit civil, elle ne doit produire aucun effet ; mais le préteur a tempéré la rigueur du droit civil en établis-

1 Ulpien, 19, 7.
2 Ulpien, *loc. cit.* — D. *de adq. rer. dom.*, 31 pr. (Paul).
3 Inst., *de rerum divisione*, 41. Justinien fait remonter cette règle jusqu'à la loi des XII Tables.

Digitized by Google

sant que celui qui aurait acquis par simple tradition une *res mancipi* aurait cette chose *in bonis*.

639. — Le *domaine prétorien* ou *domaine bonitaire* est loin d'être dépourvu d'effet; il présente presque tous les avantages de la propriété : 1° il est transformé en *domaine civil* ou *quiritaire* par l'usucapion ; 2° il donne au propriétaire bonitaire, à défaut de la revendication civile, la revendication prétorienne ou *action publicienne* qui n'a guère moins d'efficacité (V. *suprà*, n. 599, 420 et *infrà*, al. suivant).

640. — **L'usucapion** : L'usucapion est l'acquisition de la propriété par la possession prolongée pendant un temps fixé par la loi (un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles, d'après la loi des XII Tables[1]).

641. — L'usucapion a sa raison d'être lorsque : 1° une propriété quiritaire a été transmise par un mode non quiritaire (lorsqu'une *res mancipi* a été transmise par simple tradition)[2]; 2° lorsqu'une chose quelconque a été livrée *a non domino*, c'est-à-dire par un individu qui n'en était pas propriétaire. Dans le premier cas, l'*accipiens* n'acquiert que le domaine bonitaire; dans le second, il n'acquiert ni domaine quiritaire ni domaine bonitaire, car « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* ».

L'usucapion est le moyen d'arriver dans l'un et l'autre cas à la propriété *quiritaire* de l'objet acquis.

1 Ulpien, *Reg.*, 19, 8.
2 Gaius, 2, 26 (passage mutilé, dont on peut compléter le sens en le rapprochant d'Ulpien, *Reg.*, 19, 4 et s.).

Digitized by Google

642. — *Præscriptio longi temporis :* l'usucapion ne s'appliquait, par conséquent, qu'aux objets, susceptibles de domaine quiritaire, et au profit de ceux qui pouvaient devenir propriétaires quiritaires; elle ne protégeait pas l'acquisition des choses insusceptibles de propriété romaine comme les fonds provinciaux, par exemple; elle ne pouvait non plus être invoquée par les pérégrins qui ne peuvent être propriétaires *ex jure quiritium*.

Le droit honoraire pourvut à cette lacune par l'institution de la *possessio* ou *præscriptio longi temporis*, qui n'est pas un mode civil de l'acquisition de la propriété, qui n'est même pas, à proprement parler, un mode d'acquisition de la propriété, mais dont nous traitons ici à raison du rapprochement qui s'impose entre elle et l'usucapion.

Si longtemps qu'un individu quelconque possède un fonds provincial, ou qu'un pérégrin possède une *res mancipi*, la propriété proprement dite ne sera pas acquise; mais est-ce une raison pour que le détenteur de ce fonds ou de cette chose demeure indéfiniment exposé à une dépossession[1]? Le préteur pérégrin et les *præsides* admettent qu'après un délai, qui fut fixé à 10 ans ou 20 ans, suivant les circonstances, le possesseur pourrait se défendre contre la revendication du véritable propriétaire[2].

643. — On faisait valoir cette défense au moyen d'une exception que le magistrat insérait en tête de la formule et que pour ce fait, on appelait *præscriptio* (V. *suprà*, n. 519). Le juge désigné exami-

1 Cette dépossession pouvait, lorsqu'il s'agissait d'un fonds provincial, se produire par l'effet d'une *vindicatio utilis* (V. *suprà*, n. 624).

2 Ce propriétaire n'est dans l'espèce, qu'un propriétaire *bonitaire*.

Digitized by Google

nait tout d'abord la question de *possessio longi temporis* et, s'il la résolvait en faveur du possesseur, il n'avait pas besoin de passer à l'examen du droit de propriété du demandeur. La revendication de celui-ci se trouvait donc mise en échec.

644. — *Parallèle entre l'usucapion et la* PRÆSCRIPTIO LONGI TEMPORIS : La prescription présente des différences notables avec l'usucapion : 1° L'usucapion a été instituée par la loi des XII Tables, la *præscriptio longi temporis* est une création du droit honoraire** [1].

645. — 2° L'usucapion engendre une *action* et une *exception :* la *præscriptio longi temporis* n'engendre qu'une exception[2]; en d'autres termes, celui qui a usucapé peut non seulement se défendre victorieusement contre toute personne qui intenterait contre lui une demande en revendication, mais il peut lui-même, s'il est dépossédé, intenter la *rei vindicatio* pour faire déclarer que la chose usucapée lui appartient. Au contraire, celui qui ne peut invoquer que la *longi temporis præscriptio* peut bien se défendre, tant qu'il est possesseur, contre la revendication d'un tiers, mais, s'il vient à être dépossédé, il ne peut pas exercer une action en revendication tendant à faire reconnaître le droit de propriété à son profit. La prescription de long temps est donc, à ce point de vue, moins avantageuse que l'usucapion.

646. —3° A un autre point de vue, la *præscriptio longi temporis* présente plus d'avantages que

** 1 Le document le plus ancien qui y fasse allusion est une constitution de Sévère et Caracalla de 199 (papyrus de Berlin).

2 Code L. un. *de usucap. transformanda* (Justinien).

Digitized by Google

l'usucapion : en effet, l'usucapion s'accomplit « *salvo jure servitutis vel hypothecæ* » ; la prescription s'accomplit, au contraire, à la fois contre le propriétaire et contre tous ceux qui auraient acquis des précédents propriétaires un droit réel sur la chose : ainsi, au bout de deux ans, celui qui devient propriétaire par l'usucapion, peut n'avoir entre les mains qu'une propriété grevée de servitudes ou d'hypothèques, tandis que celui qui bénéficie de la *præscriptio longi temporis* a, à l'expiration du délai, une *propriété franche**[1].

647. — 4° En revanche, la *præscriptio longi temporis* est interrompue par la revendication, tandis que l'usucapion peut s'accomplir *inter moras litis*.

Cela n'empêchera point le défendeur d'être condamné, car le juge, pour apprécier la situation des parties, est tenu de se reporter au moment de la *litiscontestatio* (V. *suprà*, n. 527); mais, dans sa *pronuntiatio*, le juge ordonnera au défendeur non pas seulement de remettre la possession de la chose au demandeur, mais de lui en retransférer la propriété.

648. — *Délais de la prescription de long temps :* On a parlé jusqu'ici, sans l'expliquer, de ce délai de 10 à 20 ans par lequel s'accomplit la *præscriptio longi temporis*. Le délai était de 10 ans entre personnes présentes, et de 20 ans entre absents. Par *présents*, il faut entendre le possesseur et le propriétaire ayant leur domicile dans la même pro-

* 1 Cette théorie généralement enseignée n'est absolument exacte que lorsque le créancier hypothécaire et le *dominus* se sont trouvés dans les mêmes conditions de présence ou d'absence, et que la prescription a commencé à courir au même moment contre l'un et l'autre. Il n'y a pas en effet une *prescription unique* courant contre le *dominus* et le créancier hypothécaire, mais deux *prescriptions parallèles* qui peuvent avoir des points de départ différents et des délais différents.

Digitized by Google

vince, par *absents* les mêmes personnes ayant leur domicile dans des provinces différentes ; mais le sens de ces expressions ne paraît avoir été définitivement fixé qu'à l'époque de Justinien [1].

649. — *Juste titre* et *bonne foi :* il est fort probable que le droit des Douze Tables n'exigeait pour l'accomplissement de l'usucapion qu'une seule condition *: le temps requis*[2]. Les usucapions exceptionnelles dont nous parlerons plus loin (V. n. 657-660) sont probablement de simples survivances de cette époque.

650. — Mais, à une époque déjà lointaine, trois conditions sont requises pour qu'il y ait usucapion : 1° le temps fixé par la loi; 2° le juste titre; 3° la bonne foi.

651. — *Le juste titre :* c'est un fait qui implique, dans les acquisitions par un mode dérivé, l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir la propriété, — ou, dans les acquisitions par un mode originaire, l'intention légitime d'acquérir. — On dit plus brièvement : le juste titre est un fait juridique qui explique la possession (vente, héritage, dot, etc.) [3] (ce qu'on appelle *titre putatif* est la croyance à l'existence d'un fait juridique qui n'existe pas : le *titre putatif* est insuffisant pour fonder l'usucapion)* [4].

1 C. L. 12, *de præscr. longi temporis* (Justinien).

2 Esmein, *Mélanges*, p. 171 et s.

3 Pour le principe, voir les termes de l'édit concernant la publicienne : *EX JUSTA CAUSA petit...* »

* 4 Les jurisconsultes romains paraissent peu d'accord sur ce point : V. dans le sens indiqué au texte : Paul D. L. 2, pr. *pro emptore*, D. L. 2 *pro legato*; Papinien, D. L. 3 *ibid;* Celsus cité par Ulpien, D. L. 27, *de usuc. et usurp.;* — et dans un sens moins rigoureux, Nératius, D. L. 5, 1 *pro suo;* Africain,

Digitized by Google

652. — *La bonne foi :* c'est l'ignorance du vice du titre sur lequel on fait reposer sa possession. *Primus* a acheté l'esclave de *Secundus* qu'il croyait à tort propriétaire de cet esclave : la vente constitue le juste titre de *Primus* (qui possède *pro emptore*) : son ignorance de la non-propriété de *Secundus* constitue sa bonne foi.

653. — C'est à celui qui invoque un juste titre à en prouver l'existence. — La bonne foi est au contraire présumée, et c'est à celui qui la conteste, de faire la preuve de la mauvaise foi.

654. — *Jonction et continuation de la possession :* Il n'est pas nécessaire d'ailleurs que le possesseur qui invoque l'usucapion ait possédé par lui-même pendant toute la durée du délai; il *continue obligatoirement* la possession de son auteur (avec son caractère initial de bonne ou de mauvaise foi auquel sa bonne foi ou sa mauvaise foi personnelle ne peuvent rien changer), s'il a succédé audit auteur à titre universel (*successio in possessionem* de l'héritier testamentaire ou *ab intestat*) [1].

655. — Si c'est un successeur à titre particulier (légataire particulier, donataire, acheteur, etc.), il commence une possession nouvelle de bonne ou de mauvaise foi suivant qu'il est lui-même de bonne ou de mauvaise foi [2], mais il *peut* (il n'y est pas obligé), pour arriver plus vite à l'expiration du délai, join-

D. L. 11 *pro emptore*, qui admettent la possibilité de l'usucapion quand il y a *justus* et *probabilis error*.

L'opinion la plus rigoureuse paraît avoir triomphé au temps de Justinien. « *Error falsæ causæ usucapionem non parit* » disent les Institutes § 11, *de usuc. et longi temp. præscr.*

1 Instit., *de usuc. et longi temp. præscr.*, 12.

2 D. *pro emptore*, 2. 27 (Paul).

Digitized by Google

dre à sa possession celle de son auteur (*accessio possessionum*).

656. — *Choses qui ne peuvent être usucapées :* Les choses volées (*res furtivæ*) ne peuvent être usucapées d'après une prohibition de la loi des XII Tables renouvelée plus tard par une loi Atinia [1]. Ne peuvent être non plus usucapées les choses possédées par violence (*vi possessæ*) d'après une loi *Julia* et *Plautia*. Le vice des *res furtivæ*, et *res vi possessæ* est purgé si, depuis le vol ou la dépossession violente, elles sont rentrées aux mains de leur *dominus*.

657. — *Usucapiones lucrativæ* ou *improbæ*. Nous avons signalé plus haut (n. 649), l'existence d'usucapions qui s'accomplissent sans juste titre ni bonne foi et que M. Esmein considère, avec raison selon nous, comme des survivances du régime primitif des XII Tables [2].

Ces usucapions que les textes appellent *usucapiones lucrativæ* ou *improbæ*, ces usucapions *lucratives* sont au nombre de trois :

658. — 1° *L'usucapio lucrativa pro herede :* Pour empêcher les successions de demeurer vacantes, et dans le but évident de hâter l'adition d'hérédité des héritiers *extranei*, le droit romain, lorsque la succession n'était pas dévolue à des *heredes sui*, autorisait l'usucapion, sans juste titre ni bonne foi, des objets héréditaires par le premier venu. Le délai de cette usucapion n'était que d'un an, même pour les immeubles [3].

Le progrès des mœurs fit disparaître cette usucapion qui fut abolie sous Hadrien [4]. Marc-Aurèle alla plus loin, et l'on constate, sous son règne, l'existence d'une poursuite publique (*judicium publicum*) contre le spoliateur d'une hérédité vacante (*crimen expilatæ hereditatis*).

1 Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 17, 7. Il en est de même des *res fisci* (Inst. *loc. cit.*, 9), et du *fundus dotalis* (D. 16, *de fund. dot*).
2 Esmein, *loc. cit.*
3 Gaius, 2, 52-58.
4 *Ibid.*

Digitized by Google

659. — 2° *L'usureceptio.* Elle s'opérait au profit du créancier gagiste qui avait recouvré sa chose. L'*usureceptio* s'explique par cette considération que le nantissement s'opérait autrefois au moyen d'une aliénation de la propriété du gage, accompagnée d'un contrat de fiducie aux termes duquel le créancier s'obligeait, une fois payé, à retransférer la propriété du gage à son ancien débiteur. Si le créancier, au lieu de retransférer la propriété au débiteur (ce qui nécessitait une mancipation si le gage était une *res mancipi*), se contentait de lui remettre l'objet, ou si le débiteur se contentait de reprendre sa chose, il en résultait une situation irrégulière. Le débiteur redevenait possesseur, mais non propriétaire : et il était de mauvaise foi, non pas en ce sens que sa possession était entachée d'indélicatesse, mais par ce fait seul qu'il savait n'avoir pas acquis la propriété, — ce qui suffit à constituer la mauvaise foi, dans le sens juridique du mot. L'*usureceptio* remédiait à l'irrégularité en fixant, au bout d'un an, la propriété sur la tête du débiteur rentré en possession du gage[1].

660. — 3° *L'usureceptio ex prædiatura :* Le passage de Gaius n'est pas très clair sur ce point : il s'agit d'objets vendus par le fisc et qui sont rentrés en la possession du débiteur exécuté : celui-ci, d'après le texte, redevient propriétaire par une usucapion sans juste titre ni bonne foi qui s'accomplit au bout de deux ans[2].

661. — *Réforme de Justinien* : Justinien a fondu ensemble, sous le nom d'usucapion, l'usucapion et la prescription de long temps, — réforme qui avait d'autant plus de raison d'être que les distinctions entre la propriété civile et la propriété prétorienne, entre les citoyens et les pérégrins avaient disparu au temps de Justinien.

A la prescription de long temps, Justinien emprunte le délai de 10 à 20 ans : mais à l'expiration du délai, le possesseur acquiert non seulement une exception mais encore l'action en revendication.

1 Gaius, 2, 59.
2 Gaius, 2, 61.

Digitized by Google

L'usucapion des meubles s'accomplit par trois ans[1].

662. — *Præscriptiones longi et longissimi temporis :* Justinien exige pour l'usucapion le juste titre et la bonne foi, mais à côté de l'usucapion nouvelle il a déjà admis une *præscriptio longi temporis* qui s'accomplit par trente ans sans juste titre ni bonne foi[2].

Il existait depuis Théodose II une *præscriptio longissimi temporis* qui s'accomplissait par trente ans et permettait au possesseur, après ce délai, de repousser la revendication du propriétaire même lorsqu'il avait possédé sans juste titre ni bonne foi.

C'est cette *præscriptio longissimi temporis* que Justinien fait sienne en 528, en y attachant non plus seulement une exception, mais une action et qui se trouve compléter le système général de 531.

Seulement il la débaptise : elle s'appelle *præscriptio longi temporis.*

Le nom de *præscriptio longissimi temporis* est réservé à une prescription de quarante ans qui s'applique au droit de propriété des établissements religieux et aux hypothèques.

663. — **Acquisition** *lege :* Il y a acquisition *lege* lorsque la loi attribue elle-même à une personne l'action en revendication d'une chose déterminée : ainsi du *legs per vindicationem* (V. *infrà*, n. 869) : ainsi encore des *caduca* (V. *infrà*, n. 899) dont la revendication échoit pour ainsi dire auto-

1 C. L. un. de *usucap. transformanda* (Justinien).

2 C. L, 8, § 1, *de præscr.* XXX vel XL ann. (528, trois ans avant la constitut. de *usuc. transformanda*).

Digitized by Google

matiquement, *vi legis,* aux héritiers ou légataires favorisés par les lois *Julia* et *Papia Poppea*[1]...

CHAPITRE II

Modes du droit naturel.

---

664. — Les modes d'acquisition de la propriété du droit naturel sont l'*occupation* et l'*accession*.

665. — **L'occupation :** c'est la prise de possession d'un objet qui n'appartient encore à personne ou qui a cessé d'appartenir à quelqu'un. C'est par l'occupation que l'on acquiert la propriété des animaux sauvages que l'on chasse, des fruits sauvages que l'on cueille; des objets abandonnés, en un mot des *res nullius**[2].

666. — **L'accession :** L'accession est un mode d'acquisition fondé sur le principe que « l'accessoire doit suivre le sort du principal : *accessio cedat principali* ».

C'est par l'accession que le riverain d'un cours d'eau devient propriétaire : 1° de l'accroissement insensible que les matières déposées par les eaux ajoutent à son terrain (alluvion);

2° De l'île née dans une rivière; mais dans l'es-

1 Ulpien, *Reg.*, 19, 17.

* 2 Le *trésor* devrait être compris dans cette catégorie et appartenir exclusivement à l'inventeur. D'après une constitution d'Hadrien dont le principe s'est conservé jusque dans notre Code, le trésor trouvé dans le fonds d'autrui se partage entre l'inventeur et le propriétaire du sol.

Digitized by Google

pèce le droit des deux riverains se trouve en concours : on trace la médiane du cours d'eau et la ligne suivant laquelle l'île est partagée par cette médiane délimite les droits des riverains ; toute la partie de l'île à gauche de la médiane appartient au riverain de gauche, toute la partie à droite de la médiane, au riverain de droite. Si l'île est tout entière d'un côté de la médiane elle appartient au propriétaire de la rive près de laquelle elle s'est formée.

3° Du lit abandonné par le cours d'eau[1].

667. — *Spécification*, *adjonction*, *confusion*, *commixtion* : On rattache à l'acquisition par accession : 1° la *spécification*, qui est la fabrication d'un objet avec la matière d'autrui, par exemple d'une statue avec le marbre d'autrui.

668. — 2° L'*adjonction :* incorporation d'un objet accessoire qui conserve sa nature à un objet principal (par exemple d'une pierre précieuse à une bague).

669. — 3° La *commixtion :* c'est-à-dire le mélange, par exemple, la réunion des grains de deux tas de blé.

670. — 4° La *confusion :* mélange de deux liquides : par exemple, de vin rouge et de vin blanc.

671. — Toute cette matière est dominée par la règle « *accessio cedat principali* ». La propriété est acquise au propriétaire de la chose principale, sauf attribution au propriétaire de l'accessoire d'une indemnité qui est poursuivie, suivant les cas, par une action en revendication ou une action *ad exhi-*

1 Conf. la solution plus compliquée de l'art. 563 du Code civil.

Digitized by Google

bendum, lorsque la chose accessoire a conservé une existence distincte et peut être séparée de l'objet principal, soit par les actions de vol, lorsqu'elle a été volée, soit par les actions en partage... Nous indiquons rapidement les principes généraux mais nous ne pouvons nous arrêter aux solutions d'espèces complaisamment énumérées par Justinien dans ses Institutes[1].

672. — *Règle* « *QUIDQUID SOLO INÆDIFICATUR SOLO CEDIT* : Nous appellerons toutefois l'attention sur l'application du principe de l'accession qui fait acquérir au maître du sol la propriété de toute construction ou toute plantation faite sur son terrain.

Une particularité à signaler en matière de constructions : lorsque le propriétaire d'un terrain y a fait des constructions avec les matériaux d'autrui, on ne donne pas l'action *ad exhibendum*, encore quelle soit possible, au propriétaire des matériaux « *ne ruinis urbs deformetur* ». Les Romains ont une telle horreur des démolitions que des lois spéciales ont prohibé l'abattage des vieux bâtiments[2]. Il a donc bien fallu remplacer l'action *ad exhibendum*, qui est arbitraire, par une action spéciale en indemnité qui ne l'est pas : l'action *de tigno juncto*.

1 Nous renvoyons d'une manière générale pour toute cette matière de l'accession à Gaius, 2, 70-79 et au titre des Institutes *de divisione rerum*.

2 Sén.-cons. Hosidien, sous Claude, Girard, *Textes*, p. 115. — Sén.-Cons. Volusien, sous Néron, Girard, *Textes*, p. 115 et 116.

Digitized by Google

TITRE VI

EXTINCTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

673. — **Destruction de la chose :** La propriété est, de sa nature, un droit perpétuel : (ce qui a pour conséquence qu'elle ne peut être transférée *ad tempus*)[1].

Elle ne s'éteint que par la destruction de la chose : *Extinctæ res vindicari non possunt*[2].

On assimile à la destruction de la chose sa mise hors du commerce (par ex. si elle devient *divini juris*).

674. — **Abandon** : La propriété se perd-elle par l'abandon de la chose? Les Proculiens et les Sabiniens étaient en désaccord sur ce point. D'après les Proculiens, la propriété n'était perdue que lorsqu'un tiers s'était emparé de la chose : les Sabiniens soutenaient que la chose abandonnée devenait *res nullius* dès l'instant de la *derelictio*. Leur opinion a prévalu.

1 Frag. Vat. 283 (Diocl. et Max.).
2 Inst. 26, *de div. rer.*

Digitized by Google

TITRE VII

DÉMEMBREMENTS CIVILS ET PRÉTORIENS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

---

675. — Les démembrements civils de la propriété sont les servitudes personnelles et prédiales; les démembrements prétoriens, le droit de superficie, l'emphytéose et l'hypothèque.

CHAPITRE I

Démembrements civils de la propriété.

SECTION I

Servitudes prédiales.

§ I. — Caractère et divisions des servitudes prédiales.

676. — **Définition** : Une servitude prédiale est une charge créée sur un fonds pour l'avantage et l'utilité d'un autre fonds.

Le fonds qui souffre la servitude est appelé fonds *servant;* celui qui en bénéficie, fonds *dominant.*

677. — La servitude qui est un *droit réel*, suit activement le fonds dominant et passivement le

Digitized by Google

fonds servant en quelques mains qu'ils passent, c'est-à-dire que tous les propriétaires successifs du fonds dominant exerceront à perpétuité la servitude à l'encontre de tous les propriétaires successifs du fonds servant.

678. — **Division des servitudes :** Le droit romain divise les servitudes prédiales en servitudes urbaines et en servitudes rustiques. — Mais à quoi distingue-t-on une servitude rustique d'une servitude urbaine? Les doctrines romaines sont peu claires sur ce point.

Si l'on s'en rapportait aux Institutes de Justinien, seraient rustiques, les servitudes dont la création n'implique pas l'existence d'édifices (*quæ in solo consistunt*); urbaines, les servitudes qui ne peuvent avoir un sens qu'en admettant l'existence d'une propriété bâtie (*quæ in ædibus consistunt*). Ainsi, la servitude de passage au profit d'un fonds sur un autre fonds constituerait une servitude rurale, car elle n'implique pas le moins du monde l'idée d'une propriété bâtie; au contraire, la servitude « *ne luminibus officiatur* » (interdiction de boucher ou de masquer des fenêtres), serait une servitude urbaine, puisqu'elle ne peut pas se concevoir sans l'existence d'un édifice[1].

679. — Cette division très logique (de médiocre portée d'ailleurs) n'a cependant pas été celle des jurisconsultes classiques : il résulte nettement des textes parvenus jusqu'à nous que les *prudentes* de la bonne époque distinguaient les servitudes urbaines et les servitudes rustiques d'après le caractère du fonds dominant : ainsi, une servitude de

1 Inst. *de serv.*, 1.

Digitized by Google

passage pouvait se trouver urbaine ou rustique suivant qu'elle s'exerçait au profit d'une propriété bâtie ou d'un fonds de terre[1].

680.— Les jurisconsultes romains ont entrevu, sans la formuler, une division autrement logique et pratique des servitudes : c'est celle qui distingue les servitudes *affirmatives* (*servitutes in habendo vel in faciendo*) et les servitudes *négatives* (*servitutes in prohibendo*). — Au fond, toutes leurs décisions reposent sur cette distinction et aucun des textes que nous connaissons ne permet d'affirmer qu'ils en aient eu nettement conscience.

681. — Les servitudes affirmatives sont celles qui permettent au propriétaire du fonds dominant soit d'avoir une construction (*S. in habendo*), soit d'exercer un droit positif (*S. in faciendo*), sur le fonds servant. Ainsi une maison située à la lisière de la propriété d'un individu projette une toiture ou un balcon au-dessus du fonds du voisin, c'est une servitude affirmative *in habendo* ; — le droit de passage est une servitude affirmative, *in faciendo*.

682.— La servitude négative (*S. in prohibendo*), consiste au contraire dans le droit, pour le fonds dominant, d'interdire au propriétaire du fonds servant de faire quelque chose sur son propre terrain : par exemple : la servitude *altius non tollendi;* le propriétaire du fonds dominant a le droit d'empêcher que le propriétaire du fonds servant n'élève des constructions sur son terrain. C'est une servitude négative.

1 Girard, *Manuel*, p. 353.

Digitized by Google

683. — **Importance de la division des servitudes** : Cette division rationnelle des servitudes (positives et négatives), les jurisconsultes romains l'ont sentie et subie, mais non adoptée ; leur division officielle reste la division en servitudes rustiques et urbaines basée sur la nature du fonds dominant.

Et cette division a une très sérieuse importance.

En effet, les *servitudes rurales des fonds italiques* sont des *res mancipi* : il s'ensuit qu'elles peuvent être constituées par mancipation, — les autres non...[1].

De plus, au point de vue de l'extinction, les servitudes rustiques s'éteignent par le non-usage et les servitudes urbaines seulement par l'usucapion de la liberté[2] (V. *infrà*, n. 702).

684. — **Principales servitudes** : Les servitudes sont en très grand nombre ; nous citerons :

a) *Servitudes* IN FACIENDO : 1° Les servitudes de passage qui sont au nombre de trois : *iter, actus, via* : — α *Iter*, droit de passer seul ; — β *Actus*, droit de passer en conduisant des bestiaux ou des chariots ; — γ *Via*, qui comprend l'*iter* et l'*actus* : La *via* comportait une largeur de quatre pieds dans la ligne droite et de huit pieds dans les tournants.

2° La servitude de puisage.

3° La servitude d'abreuvoir (*pecoris ad aquam adpulsus*).

4° Le droit d'extraire du sable (*arenæ fodiendæ*).

5° La servitude de four à chaux (*S. calcis coquendæ*), etc.

1 Gaius, 2, 29.
2 Paul, *Sent.*, 1, 17, 3, 6, 30. — Gaius, D. 8. 2. 6.

Digitized by Google

685. — b) *Servitudes* IN HABENDO : 1° la *S. protegendi* ou la *S. projiciendi :* Le droit d'avancer un toit ou un balcon au-dessus du terrain du voisin.

2° La *S. aquæductus* (d'aqueduc).

3° La *S. cloacæ* (d'égout).

4° La *S. tigni immitendi* (droit d'enfoncer des poutres dans le mur du voisin).

5° La *S. oneris ferendi* (droit d'appuyer des constructions sur le mur du voisin).

686. — c) *Servitudes* IN PROHIBENDO : 1° La *S. altius non tollendi*, droit d'empêcher le propriétaire d'un fonds voisin d'élever des constructions, ou de construire au delà d'une certaine hauteur, servitude à laquelle on oppose la *S. altius tollendi* (*S. in faciendo*) (V. *infrà*, n. 687).

2° *S. ne luminibus officiatur* (servitude de jour).

4° *S. prospectus* (servitude de vue).

687. — *S. altius tollendi :* Cette servitude, ainsi que la *S. luminibus officiendi* et la *S. stillicidii non avertendi* soulève une difficulté. Le système le plus acceptable est celui qui suppose l'existence de règlements locaux qui réglementaient la hauteur des édifices et défendaient de boucher la vue, ou de déverser les eaux sur le terrain du voisin : on pouvait s'affranchir de ces règlements en obtenant des propriétaires des fonds voisins les servitudes *altius tollendi* (d'élever des constructions au-dessus de la hauteur fixée par le règlement local), ou *luminibus officiendi* (de boucher la vue), ou *stillicidii non avertendi* (de déverser sur le voisin les eaux de son fonds[1]).

688. — **Effets des servitudes** : La servitude

1 Girard. *Manuel*, p. 351, n. 6.

Digitized by Google

constitue en principe un état purement passif pour le fonds servant dont le propriétaire ne peut être obligé à faire quelque chose, mais seulement à souffrir ou à ne pas faire[1].

689. — Une exception au principe est cependant présentée par la *S. oneris ferendi :* par une dérogation aux principes généraux (dérogation probablement d'origine coutumière), le propriétaire du fonds servant est obligé d'entretenir son mur en état de supporter les constructions du voisin[2].

690. — **Indivisibilité des servitudes :** Les servitudes sont indivisibles : c'est-à-dire qu'elles ne peuvent ni s'acquérir, ni s'exercer, ni se perdre pour partie. Cette théorie très difficile reçoit son application pratique lorsque les fonds dominant ou servant appartiennent soit originairement soit postérieurement à la constitution de la servitude, à plusieurs propriétaires. Les conséquences les plus importantes de cette théorie sont : 1° que sur un fonds qui appartient indivisément à plusieurs copropriétaires, une servitude passive n'est constituée que lorsque tous les copropriétaires du fonds servant ont procédé à sa constitution ; 2° qu'une servitude au profit d'un fonds qui appartient à plusieurs propriétaires, ou qui, originairement entre les mains d'un propriétaire unique, se partage entre plusieurs successeurs de celui-ci, n'est éteinte par le non-usage que lorsque tous les propriétaires des fonds dominants (parties divises de l'ancien fonds dominant unique) ont négligé de s'en servir. L'exercice du droit par *un seul* de ces

1 D. *de serv.*, 15, § 1 (Pomponius).
2 D. *de serv. præd. urb.*, 1, 33.

Digitized by Google

propriétaires conserverait la servitude au profit de tous les autres.

Soit une servitude de passage au profit du fonds Cornélien. Ce fonds, à la mort du propriétaire unique, est partagé entre trois héritiers, *Primus*, *Secundus* et *Tertius;* si le passage est exercé par *Primus* seul, il n'en sera pas moins conservé au profit de *Secundus* et de *Tertius*.

§ II. — Acquisition des servitudes prédiales.

691. — **Distinction** : Il faut distinguer entre les servitudes rustiques au profit des fonds italiques qui sont *res mancipi* et les autres servitudes [1].

692. — **Mancipation** : Les servitudes rustiques au profit des fonds italiques peuvent seules être constituées *directement* au moyen de la mancipation ; mais on peut employer la mancipation pour parvenir *indirectement* à la constitution des servitudes urbaines.

Il existe en effet deux façons d'acquérir une servitude à un fonds par le moyen de la mancipation : la *translatio servitutis* et la *deductio servitutis :* le premier procédé consiste à manciper la servitude même : « *jus eundi per fundum Cornelianum meum esse aio*, etc. » et ne peut s'appliquer bien entendu qu'à une servitude *res mancipi;* le second procédé consiste à manciper un fonds en retenant au profit d'un autre fonds la servitude que l'on veut créer, et cette servitude peut n'être pas *res mancipi*, car ce n'est pas elle, c'est le fonds qui est mancipé. Par ex. : Je mancipe le fonds Cornélien en retenant

1 Gaius, 2, 29.

Digitized by Google

au profit de ma maison qui l'avoisine une servitude *ne luminibus officiatur*, servitude urbaine et par conséquent *res nec mancipi*[1].

693. — Mais comment faire, si je voulais constituer une servitude urbaine précisément sur le fonds que je conserve? je manciperais *sans réserve* ce fonds, au propriétaire du fonds que je veux rendre dominant et ce propriétaire me le remanciperait *deducta servitute*, c'est-à-dire en retenant la servitude qu'il se proposait d'acquérir[2].

694. — ***In jure cessio* et *adjudicatio* des servitudes prédiales :** Le procédé général de constitution des servitudes était l'*in jure cessio* qui est, dans l'espèce, un simulacre d'action confessoire (V. *suprà*, n. 631 et *infrà*, n. 727)[3].

695. — Fréquente également était la constitution par *adjudicatio :* le juge chargé d'un partage, en procédant au lotissement, égalise la valeur des lots en constituant des servitudes au profit des uns sur les autres; s'il divise, p. ex., en deux un fonds dont une partie se trouvera sans accès à la voie publique il rétablira l'équilibre des valeurs, en adjugeant à la partie enclavée une servitude de passage sur la partie qui borde la route[4].

696. — **Usucapion :** Les servitudes rustiques s'acquéraient originairement par usucapion (sans doute par suite d'une confusion entre la servitude et l'assiette de la servitude du droit incorporel avec l'objet sur lequel il porte); mais l'usucapion des

1 D. L. 6. *Communia præd.*, pr. (Ulpien).
2 Frag. Vat., 51.
3 Gaius, *loc. cit.*; Ulpien, *Reg.*, 19, 11.
4 Frag. Vat., 47.

Digitized by Google

servitudes fut supprimée par une loi Scribonia, dont la date incertaine est placée par quelques commentateurs, (sans preuves d'ailleurs), vers 704 de R.[1].

697. — *Diuturnus usus :* Mais, en revanche, le préteur a admis : 1° que, si les servitudes ne pouvaient faire l'objet d'une possession proprement dite, incompatible avec leur caractère d'objets incorporels, elles pouvaient faire l'objet d'une *quasi-possession* résultant de l'*usus et patientia* (*usus*, exercice de la servitude par le propriétaire du fonds dominant, *patientia* tolérance du propriétaire du fonds servant) ; 2° qu'une servitude pourrait être acquise en droit prétorien et subsister *tuitione prætoris* (par la protection du préteur), si cette quasi-possession s'était prolongée (*diuturnus usus*) pendant un délai que le préteur se réserva d'abord d'apprécier suivant les espèces, mais qu'il fixa dans la suite à 10 et 20 ans comme pour la *longi temporis præscriptio*[2].

698. — Nous croyons que le *diuturnus usus*, prolongation de la *quasi-possessio*, ne peut faire acquérir que les servitudes susceptibles de *quasi-possessio* : et comme il nous semble impossible de *quasi-posséder* une servitude négative (par quels faits se traduirait la quasi-possession?) nous en concluons que l'acquisition par le *diuturnus usus* n'est applicable qu'aux servitudes positives (*S. in habendo* ou *in faciendo*).

699. — **Pactes et stipulations** : L'*in jure*

1 L'usucapion des servitudes est encore mentionnée par Cicéron *pro Cæcina* 26, v. Paul, D. 41, 3, 4, 29. Conf. Cuq, *Institutions*, p. 251 et 273.
2 Paul, *Sent.*, 5, 5a, 8, Ulpien, D. L. 10, *Si serv. vind.*

Digitized by Google

cessio, l'*adjudicatio* étaient inapplicables aux servitudes des fonds provinciaux et inaccessibles aux pérégrins. Les préteurs, ou plutôt les *præsides* imaginèrent la constitution des servitudes *pactis et stipulationibus*, c'est-à-dire par des conventions que l'on fortifiait au moyen de l'adjonction d'une stipulation pénale pour le cas où il serait contrevenu à la convention et mis entrave à l'exercice de la servitude.

Ce procédé fut appliqué, en Italie, par les préteurs, aux servitudes urbaines ; il est devenu, sous Justinien, le mode normal de constitution des servitudes[1].

700. — On a longtemps et généralement soutenu que les pactes et stipulations ne suffisaient pas pour faire naître la servitude et qu'il fallait y ajouter une *quasi-traditio* résultant de l'*usus et patientia* (V. *suprà*, n. 697). Cette théorie de la *quasi-traditio* est aujourd'hui battue en brèche et tend à être abandonnée : pas un texte n'indique la nécessité de cette *quasi-traditio :* ce sont les interprètes seuls qui la proclament.

Ils disent que « c'est par des traditions et non par de simples pactes que se transfère la propriété des choses (*traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*) et qu'en conséquence, le simple pacte est impuissant à créer une servitude qui est un droit réel, un démembrement de propriété ». A cela l'on peut répondre que, si ce principe est incontestable en droit civil, il n'appartient pas au droit prétorien, et que c'est le droit prétorien qui a imaginé la constitution des servitudes par le moyen des pactes et stipulations. La preuve qu'en droit prétorien, un droit réel peut naître sans tradition, c'est qu'il n'est besoin d'aucune tradition pour faire naître le droit réel d'hypothèque qui est d'invention prétorienne. Si le pacte prétorien d'hypothèque suffit pour faire naître le droit réel prétorien d'hypothèque, pourquoi le pacte prétorien de servitude ne suffirait-il pas à faire naître un droit réel prétorien de servitude ? [2].

1 Inst. *De servit.*, 4. Cf. Théophile, *paraph. eod. loc.*

2 Girard, *Manuel*, p. 365, texte et n. 3. Cette doctrine est encore très combattue.

Digitized by Google

§ III. — Extinction des servitudes prédiales.

701. — **Modes d'extinction des servitudes prédiales** : Les servitudes prédiales s'éteignent :

1° *Par la confusion,* c'est-à-dire par la réunion des fonds dominant et servant dans les mains d'un même propriétaire (ce qui peut arriver lorsque le propriétaire d'un des fonds achète l'autre fonds ou devient l'héritier de son propriétaire) : personne, en effet, ne peut avoir de servitude sur sa propre chose « *nemini res sua servit* »[1].

2° Par la renonciation du propriétaire du fonds dominant.

3° Par la résolution du droit du constituant : les démembrements de la propriété sont, comme la propriété elle-même, soumis à la règle « *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ».

4° Par la destruction de l'un des deux fonds dominant ou servant[2].

5° Par le non-usage, auquel nous devons consacrer une étude spéciale.

702. — **Non-usage et** *usucapio libertatis :* Le non-usage se comprend sans peine quand il s'agit d'une servitude *in faciendo :* le propriétaire du fonds A avait une servitude de passage sur le fonds B : il cesse de passer : voilà le non-usage; il ne se comprend plus lorsqu'il s'agit d'une servitude négative. Supposons que *Primus* ait sur le fonds de *Secundus* une servitude *altius non tollendi :* comment pourra se concevoir le non-usage

1 D. *Quemadm. servit. amitt.*, 11, 1 (Paulus).
2 L. 14 *eod. tit.* (Javolenus).

Digitized by Google

de cette servitude? pour que le non-usage se conçoive, il faut qu'il ait été fait sur le fonds servant une entreprise contre la servitude, et que le propriétaire du fonds dominant ait laissé passer cette entreprise sans protester : on dit alors qu'il y a *usucapio libertatis*, au profit du fonds servant[1] : il faut que le propriétaire du fonds servant ait élevé des constructions au delà de la hauteur fixée par la servitude et que ce nouvel état de lieux contraire à son droit ait été supporté par le propriétaire du fonds dominant pendant un temps déterminé.

La servitude *in habendo* exige, comme la servitude *in prohibendo*, un fait constitutif d'un nouvel état de lieux pour servir de point de départ à l'*usucapio libertatis*. Ainsi le délai de l'*usucapio libertatis* à l'encontre d'une servitude *luminum* (servitude de fenêtre) commencera à courir du jour où la fenêtre aura été bouchée soit par le propriétaire du fonds dominant, soit par le propriétaire du fonds servant.

703. — Cette théorie qui n'est rationnelle que si on la base sur l'antithèse des servitudes négatives et des servitudes positives est fondée par les textes des jurisconsultes romains sur la distinction sans portée entre les servitudes *urbaines* et les servitudes *rustiques*. D'après eux ce sont les servitudes rustiques qui s'éteignent par le simple non-usage; c'est l'extinction des servitudes *urbaines* qui exige en plus l'*usucapio libertatis*[2].

C'est la conséquence de cette vue trouble des jurisconsultes romains que nous avons déjà signa-

1 D. l. 6, *de serv. præd. urb.* (Gaius).
2 Gaius, D. *loc. cit.*

Digitized by Google

lée. Les servitudes *urbaines* sont en général négatives, les servitudes *rurales* positives : par suite, les *prudentes* ont identifié, avec une sorte d'inconscience, les servitudes négatives avec les servitudes urbaines, les servitudes positives avec les servitudes rustiques.

704. — Le délai du *non usus* et de l'*usucapio libertatis* était de deux ans (*biennium*), jusqu'à Justinien. Justinien le porta à dix ans entre présents et vingt ans entre absents [1].

SECTION II

Servitudes personnelles.

705. — Les servitudes personnelles ne sont pas établies sur un fonds au profit d'un autre fonds, mais *sur une chose au profit d'une personne*. On en connaît quatre principales qui sont : l'usufruit, l'usage, l'habitation, les *operæ servi* (*vel alterius animalis* d'après un texte).

§ I. — L'usufruit.

706. — **Définition** : L'usufruit est le droit de se servir d'une chose dont un autre a la propriété et d'en percevoir les fruits mais sans en altérer la substance : *jus utendi fruendi, salva rerum substantia* [2].

707. — **Modes de constitution** : L'usufruit peut être constitué soit *mortis causa*, par testament

1 C. L. 13, *de serv. et aqua* (Justinien).
2 Inst., *de usuf.* pr.

Digitized by Google

— soit *inter vivos*, par les modes civils déjà indiqués pour les servitudes prédiales : *in jure cessio*[1], *adjudicatio* et *mancipatio*.

La mancipation ne peut faire naître l'usufruit que par voie de réserve *deductio* (mancipation du fonds *deducto usufructu*) et non par voie de *translatio*[2].

708. — L'usufruit peut aussi s'établir sur les fonds provinciaux par les pactes et stipulations : *Primus* et *Secundus* font une convention (un pacte) aux termes de laquelle *Secundus* aura la jouissance d'un fonds provincial appartenant à *Primus;* et, pour assurer l'exécution de ce pacte, *Secundus* stipule en ces termes de *Primus :* « Si tu fais obstacle à ma jouissance, me promets-tu cent, à titre de peine ? »

709. — Quant à la question de savoir si l'usufruit pouvait s'acquérir par la *longi temporis præscriptio*, elle est très controversée.

710. — **Droits de l'usufruitier :** *Division des fruits*. L'usufruitier a le *jus utendi*, le *jus fruendi*, mais il n'a pas le *jus abutendi*. On entend par *fruits* tous les produits périodiques de la chose : *fruits naturels*, produits spontanés; *fruits industriels* obtenus par la culture; *fruits civils*, prix de location des maisons et biens ruraux, intérêts des capitaux, etc.[3].

711. — Les petits des animaux sont considérés comme fruits mais non le part d'une femme esclave.

1 C'est le mode normal : Gaius, 2, 30.
2 Frag. Vat. 47 (Paul).
3 D. *De usuf.*, 12, 2. — Paul, *Sent.*, 3, 6, 27.

Digitized by Google

712. — Les produits des mines et carrières ne sont attribués à l'usufruitier qu'autant que les mines et carrières étaient en exploitation à l'ouverture de l'usufruit.

713. — **Comment l'usufruitier gagne les fruits** : Cette question revient à demander à quel moment et à quelles conditions les fruits deviennent la propriété de l'usufruitier.

Il faut distinguer entre les fruits naturels et les fruits civils. L'usufruitier devient propriétaire des fruits par l'effet et au moment de la perception opérée par lui ou pour son compte [1].

714. — Les fruits civils lui sont acquis, en droit romain, suivant une distinction qui n'a pas passé en droit français : chez nous, les fruits civils s'acquièrent par jour sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les loyers des maisons et les fermages des biens ruraux; c'est-à-dire que si, au cours d'une année, l'usufruitier a vécu pendant 250 jours et est mort après cette période, les fruits civils se partageront entre les héritiers de l'usufruitier et le nu-propriétaire au prorata de 250/365 pour les premiers et de 115/365 pour le second.

Le droit romain distingue : aux loyers de maisons il applique la règle de l'acquisition par jour qui a passé dans le droit français : en ce qui concerne les fermages des biens ruraux, on examine si la récolte a été faite par le fermier du vivant de l'usufruitier ou après sa mort : si la récolte a été faite du vivant de l'usufruitier, c'est à ses héritiers

1 Le voleur qui dérobe les fruits sur l'arbre n'opère pas pour le compte de l'usufruitier. En conséquence ce n'est pas l'usufruitier qui a la *condictio furtiva* contre le voleur, les fruits volés ne lui appartenaient pas encore. — M. Gérardin, *Nouv. Rev. histor.*, 1884, p. 626 et 627.

Digitized by Google

que le fermage est dû ; si la récolte a été faite après le décès de l'usufruitier, le fermage est dû au nu-propriétaire[1].

715. — **Cession de l'usufruit** : L'usufruitier peut aliéner son droit au moyen d'une *cessio in jure ;* l'usufruit n'est donc pas incessible dans le sens absolu du mot, mais c'est plutôt l'exercice, l'émolument du droit qui est cédé en pareil cas que le droit lui-même : car le droit reste fixé sur la tête de l'usufruitier et s'éteint par sa mort ou sa diminution de tête. — De plus, c'est l'usufruitier seul qui, même après la cession, peut exercer l'action confessoire (V. *infrà*, n. 727)[2].

716. — **Obligations de l'usufruitier** : L'usufruitier est tenu de jouir en bon père de famille et de restituer la chose non détériorée par sa faute à l'expiration de l'usufruit.

Pour assurer l'exécution de cette obligation, l'édit a astreint l'usufruitier (pas dans le principe d'ailleurs) à fournir caution[3].

717. — *Réparations.* L'usufruitier doit faire les réparations d'entretien ; les grosses réparations restent à la charge du propriétaire.

718. — *Charges des fruits.* L'usufruitier est tenu de tous les frais de culture et des dépenses d'entretien de la propriété (*fructus non intelliguntur nisi deductis impensis*).

719. — *Usufruit d'un troupeau.* L'usufruitier d'un troupeau est tenu de l'obligation particulière d'en-

1 Gérardin, *Ibid.*, p. 626 et 627. *De usufr.*, 58, 1 (Scœvola).
2 D. *de usuf.*, 12, 2.
3 *Usufructuarius quemadmodum caveat*, D. 7, 9; édit, cap. 45, *de stip.*, n. 7; Girard, *Textes*, p. 142; Paul, *Sent.* 3, 6, 27.

Digitized by Google

tretenir le troupeau à l'aide du croît; il n'est en bénéfice que lorsqu'il a remplacé les têtes mortes[1].

720. — **Obligations du nu-propriétaire** : Le rôle du propriétaire est en principe purement passif; il n'est astreint qu'à souffrir et à ne pas faire; *pati uti frui.* — C'est ce qui différencie le rôle du nu-propriétaire vis-à-vis de l'usufruitier du rôle d'un bailleur vis-à-vis d'un fermier : le bailleur est tenu de procurer la jouissance au fermier *præstare uti frui.*

721. — **Extinction de l'usufruit** : L'usufruit s'éteint :

1° Par l'expiration du délai lorsqu'il a été constitué pour un temps déterminé[2].

2° Par la mort de l'usufruitier[3].

3° Dans le cas où il a été constitué *sur la tête d'un tiers,* par la mort de ce tiers.

4° Par les trois *capitis deminutiones* de l'usufruitier[4].

5° Par la perte de la chose soumise à l'usufruit[5].

6° Par la *consolidation,* c'est-à-dire par la réunion sur la même tête des qualités de propriétaire et d'usufruitier[6].

7° Enfin par le *non usus*[7] d'un an pour les meubles, de deux ans pour les immeubles.

722. — **Du quasi-usufruit** : Il semblerait que les choses fongibles par leur nature, comme

1 Inst., *de div. rer.*, 38.
2 Paul, *Sent.*, 3, 6, 33.
3 *Ibid.*
4 *Ibid*, § 29.
5 *Ibid.*, § 31.
6 *Ibid*, 32, Inst. *de usuf.*, 3.
7 Paul, *Sent.*, 3, 6, 30.

Digitized by Google

l'argent, les denrées, ne peuvent pas faire l'objet d'un usufruit puisqu'il serait impossible à l'usufruitier d'en faire usage sans les consommer et par conséquent d'en rendre la substance à l'expiration de l'usufruit[1]. Cependant, sous le règne de Tibère, un sénatus-consulte institua non pas l'usufruit des choses fongibles, mais un *quasi-usufruit* des choses fongibles. Le quasi-usufruitier de choses fongibles n'a pas, bien entendu, à rendre à l'expiration de l'usufruit, les mêmes choses *in specie*, mais il restituera pareille quantité de choses de même nature, valeur et bonté.

La restitution *in genere* des objets sur lesquels est établi un quasi-usufruit est assurée par une *satisdatio* (cautionnement par fidéjusseurs) exigé par le sénatus-consulte même qui a créé l'institution.

§ II. — Usage, habitation, *operæ*.

723. — **De l'usage :** A prendre le mot dans son sens exact, l'*usus* ne serait qu'un usufruit auquel manquerait le *jus fruendi* et qui se réduirait au jus *utendi*. Ainsi celui qui aurait l'*usage* d'un troupeau pourrait bien s'en servir pour lui faire fumer son champ (*ad stercorandum agrum*), mais il ne pourrail prendre ni lait, ni laine[2].

Telle est la rigueur du principe; mais on s'en est départi en permettant à l'usager de prendre une petite quantité de lait et de laine pour ses besoins personnels. Ainsi altéré, l'usage n'est plus qu'un

1 L'usufruit des choses fongibles était repoussé du temps de Cicéron. *Top.* III. — V. D. le titre *de usuf. earum rerum quæ usu consumuntur vel minuuntur.*

2 Inst., *de usu et hab.* 4.

Digitized by Google

usufruit restreint. Il était souvent constitué par les maîtres au profit de vieux affranchis, de vieux serviteurs.

L'usage, à la différence de l'usufruit, est incessible[1], il se constitue et s'éteint comme l'usufruit[2].

724. — **De l'habitation :** L'habitation n'est en somme que l'*usage* d'une maison : celui qui en était gratifié avait le droit d'occuper l'immeuble avec sa famille mais non de prendre un locataire. Ce droit lui a été concédé par Justinien[3].

725. — Incessible comme l'usage, l'habitation n'en diffère qu'en ce sens qu'elle s'acquiert *per singulos dies.* Le droit d'habitation s'éteint et revit chaque jour : il n'y a pas là, autant qu'on pourrait le croire, un caprice de législateur subtil : grâce à cette fiction, le législateur romain a mis l'*habitatio* à l'abri de l'extinction par suite de la *capitis deminutio*[4]. Le droit, en se renouvelant chaque jour, prend le bénéficiaire dans l'état où il se trouve, il se perpétue sans subir d'atteinte.

726. — **Des *operæ* :** On appelle ainsi le droit réel de profiter des services d'un esclave, et même d'après le fr. 5, § 3 du Digeste, *Ususfructus quemadmodum...* des services d'un animal. Ces *operæ* pouvaient être louées, et d'après un texte de Papinien seraient transmissibles à l'héritier du légataire[5].

1 Inst., *loc. cit.*
2 *Ibid.*
3 C. L. 13, *de usuf.* (Justinien).
4 D. *de usu et hab.*, 10 pr.
5 D. *de usu et usufr.*, 2.

Digitized by Google

SECTION III

Actions relatives aux servitudes.

727. — **Action confessoire :** Les servitudes, tant personnelles que prédiales sont protégées par l'action *confessoire :* cette action est donnée à celui qui veut faire déclarer l'existence d'une servitude au profit de sa personne ou au profit de son fonds [1].

728. — **Action négatoire :** L'action *négatoire*, au contraire, est donnée à celui qui veut faire reconnaître la liberté de son fonds à l'encontre d'un adversaire qui le prétend grevé d'une servitude à son profit [2].

729. — Il existe, au sujet de la preuve en matière d'action négatoire, une vieille et célèbre controverse. D'après un système, il suffirait au demandeur à l'action négatoire de prouver sa propriété : la propriété étant présumée franche, ce serait au défendeur de faire la preuve de la servitude par lui prétendue : il y aurait donc renversement de la règle « *actori incumbit onus probandi* ». L'on invoque en faveur de ce système cette considération que faire peser sur le demandeur à l'action négatoire l'obligation de prouver l'inexistence de la servitude, ce serait lui demander de « fournir la preuve d'un fait négatif » ce qui est réputé œuvre à peu près impossible.

On répond dans un autre système : que la preuve de l'inexistence de la servitude n'est pas impossible pour peu que le préteur, comme c'est son droit, limite le débat par une *interrogatio in jure* dans laquelle le défendeur sera mis en demeure d'expliquer sur quoi il base sa prétendue servitude ; et qu'aucun texte n'autorise à déroger en cette matière à la règle fondamentale de la preuve ; — que le demandeur aura donc, con-

1 Inst., *de actionibus*, 2.
2 *Ibid.*

Digitized by Google

formément au droit commun à prouver, non seulement sa propriété, mais la liberté de son fonds[1].

730. — Les actions confessoire et négatoire sont *arbitraires;* mais on aperçoit en cette matière, moins que dans l'action en revendication, la nature de la satisfaction matérielle qui peut être définie par la *pronunciatio* du juge. Elle consiste sans doute dans une *cautio de non amplius turbando*, engagement garanti par des fidéjusseurs de ne plus troubler le voisin, que le défendeur était obligé de prendre, à peine d'encourir la condamnation pécuniaire à laquelle aboutissaient toutes les actions[2].

731. — **Interdits en matière de servitude** : La protection possessoire n'existe pas pour toutes les servitudes prédiales : elle n'existe, en ce qui concerne les servitudes prédiales rustiques, qu'en matière d'eaux et de passage et fait alors l'objet d'interdits spéciaux (*de itinere actuque privato, de itinere reficiendo, de aqua, de rivis, de fonte*).

732. — C'est une question controversée de savoir si les interdits qui protègent les servitudes habituellement rustiques s'appliquent à ces servitudes rendues urbaines par le caractère du fonds dominant.

733. — En ce qui concerne les servitudes habituellement urbaines, quelques textes accordent l'interdit *uti possidetis*. Il n'est pas douteux que cet interdit est applicable aux servitudes *positives*, mais nous ne pensons pas qu'il puisse être appliqué aux servitudes *négatives*. Il ne peut en effet exister de *protection possessoire* là où il ne peut exister de *possession* (V. *suprà*, n. 697)[3].

734. — Les servitudes personnelles sont protégées par les interdits *uti possidetis, utrubi, unde vi* et *de precario*[4].

1 Conf. Girard, *Manuel*, p. 340, texte et note 4, et p. 341.
2 Girard, *Manuel*, p. 340 et 371.
3 Girard, *Manuel*, p. 374, texte et note 5.
4 Frag. Vat. 90 et 91, Ulpien, *de interdict.*

Digitized by Google

CHAPITRE II

Démembrements prétoriens du droit de propriété.

735. — **La superficie :** Lorsqu'une personne a construit sur le sol d'autrui avec la permission du propriétaire, dans la rigueur du droit civil, les constructions appartiennent au propriétaire du sol (*superficies solo cedit*) ; mais suivant un usage qui prit naissance dans les relations de l'État et des villes avec les constructeurs qui avaient édifié des bâtiments sur leur sol, la jouissance de ces bâtiments était laissée à perpétuité à ceux qui les avaient construits, moyennant le paiement d'une redevanee (*solarium*) [1].

736. — De ce qui n'était dans le principe qu'un bail à long terme le préteur fit un droit réel, en accordant d'abord au constructeur, pour se défendre contre ceux qui le troubleraient dans l'exercice de son droit, un interdit spécial *de superficie*, analogue à l'interdit *uti possidetis*, puis des actions *in factum* calquées sur la *vindicatio*, l'action confessoire et l'action négatoire [2].

737. — **L'emphytéose :** L'emphytéose est, elle aussi, une imitation du bail perpétuel que les cités

1 Requête d'Adraste, gardien de la colonne antonine et octroi de la requête. Girard, *Textes*, p. 748.

2 Edit *cap. 43, de interd.* : *De superficiebus : Uti ex lege locationis sive conductionis q. d. a. nec vi, nec clam, nec pr. alter ab altero fruimini, V. f. v... Si qua alia actio de superficie postulabitur causa cognita dabo.* (D. 43. 18. 1 pr.).

Digitized by Google

avaient l'habitude de consentir à ceux qui se chargeaient d'exploiter et surtout de défricher leurs domaines.

Les particuliers recoururent au même procédé pour mettre en valeur les immenses propriétés que l'on appelait *latifundia*. Le concessionnaire pouvait vendre son droit, le transmettre à ses héritiers, acquérir les fruits par la simple séparation, avant toute perception. Il avait à payer au maître du sol une redevance (*vectigal* s'il s'agit d'une terre concédée par une cité, *pensio*, *canon*, *reditus* lorsque la convention est intervenue entre de simples particuliers) et pouvait être déclaré déchu de son droit s'il manquait pendant deux ans au paiement de cette redevance.

738. — Le préteur, en accordant au concessionnaire une action réelle (*actio vectigalis*) modelée sur la revendication, semble bien avoir reconnu à son profit l'existence d'un droit réel. Toutefois le caractère du contrat fut contesté[1] jusqu'au règne de l'empereur Zénon qui déclara qu'on ne devait y voir ni un louage, ni une vente, mais un contrat spécial, le contrat d'emphytéose[2].

739. — **L'hypothèque** : Pour se rendre compte de ce qu'est le droit réel prétorien d'hypothèque, il est nécessaire de jeter un coup d'œil sur les transformations par lesquelles a passé, en droit romain, le contrat de gage.

Le *gage*, comme nous le verrons, en étudiant les obligations, est un contrat par lequel un débiteur remet à son créancier une chose en garantie de sa dette.

1 Gaius, 3, 145.
2 Instit., 3, *de loc. et cond.*

Digitized by Google

Il faut distinguer, dans l'histoire du gage, trois époques : 1° l'époque de la fiducie ; 2° l'époque du *pignus ;* 3° l'époque de l'hypothèque.

740. — *a*) Dans le principe, pour sauvegarder l'intérêt du créancier, on n'imagina rien de mieux que de lui transférer la propriété de l'objet qu'on se proposait de lui donner en garantie, en le faisant engager, par un contrat de fiducie, à retransférer la propriété de cet objet au débiteur, dès que la dette serait payée[1] : le débiteur se trouvait ainsi placé dans une situation fort dangereuse, car le créancier, devenu propriétaire de l'objet à lui donné en garantie, pouvait l'aliéner valablement.

741. — *b*) Dans la seconde période, celle du *pignus*, au lieu de transférer la propriété au créancier, on se contenta de lui remettre la possession. Le débiteur reprenait sa chose lorsqu'il avait payé sa dette, et se retrouvait dans la même situation qu'avant la constitution du *pignus*, sans qu'il y eût besoin, de la part du créancier payé, d'une translation de propriété.

Le débiteur courait évidemment moins de risques qu'au temps du contrat de fiducie puisqu'il conservait la propriété, mais il était privé de la possession[2].

742. — *c*) Un dernier pas fut franchi avec l'institution prétorienne de l'hypothèque qui existe déjà au temps de Cicéron[3] ; mais dont on pourrait retrouver l'idée première et les antécédents, jus-

1 Gaius, 2, 60. — Formulaire de Bétique, Girard, *Textes*, p. 740. — Mancipation fiduciaire de Pompéi. Girard, *Textes*, p. 737.

2 Instit., *Quibus modis obl. re contrahitur*, 4. D. *de verb. signif.* 238, 2.

3 Cicéron, *epist. ad familiares*, 13, 56.

Digitized by Google

que dans les formules de Caton[1]. Le premier exemple d'oppignération sans remise de possession consiste dans le droit de gage qui, en vertu d'une simple convention, était accordé au bailleur d'un héritage rural sur les objets garnissant le fonds (*invecta et illata*). Si le bailleur n'était pas payé de son fermage à l'échéance, il obtenait du préteur un interdit, l'*interdit Salvien*, au moyen duquel il pouvait se faire remettre la possession des objets engagés à la garantie de sa créance[2].

743. — Plus tard, au lieu de l'interdit Salvien (qui ne disparut point d'ailleurs), le bailleur obtint une action, l'action *servienne*, qui poursuivait le même but, et lui permettait d'agir, pour obtenir la remise de la possession de son gage, non seulement contre le fermier, mais contre les tiers détenteurs[3].

744. — Des préteurs postérieurs généralisèrent l'institution en étendant l'action, sous le nom d'action *quasi-servienne* ou *hypothécaire* à tous les créanciers qui auraient fait avec leurs débiteurs une convention analogue[4].

745. — L'action quasi-servienne était donnée non seulement contre celui qui avait engagé sa chose, mais contre les tiers détenteurs : elle sanctionnait donc un *droit de suite*.

De plus, le créancier qui exerçait l'action quasi-servienne jouissait, au regard des objets sur lesquels portait la convention, d'un *droit de préférence* sur les autres créanciers.

1 Caton, *de re rustica*, 46.
2 Gaius, 4, 147.
3 Inst., *de act.*, 7 ; Édit, cap. 43 ; Girard, *Textes*, p. 140.
4 Inst., *de actionibus*, 7.

Digitized by Google

Dans un droit qui s'analyse en un droit de préférence et un droit de suite, il est facile de reconnaître un droit réel, en d'autres termes, un *démembrement de propriété*, démembrement *prétorien*, puisqu'il est de création prétorienne et sanctionné par des actions inventées par le préteur.

746. — Une fois que le créancier, au moyen de l'action hypothécaire s'est fait remettre les objets affectés à la garantie de sa créance, il a le droit de les garder en gage (*jus possidendi*), mais l'hypothèque elle-même a subi des transformations successives; et, après avoir attribué au créancier le droit de se faire remettre la chose hypothéquée, on lui accorda par la suite le droit de la vendre pour se payer sur le prix : c'est ce qu'on appelle le *jus distrahendi*[1] (V. 2e partie, n. 288).

1 Gaius, 2, 64 ; Paul, *Sent.*, 2, 51.

Digitized by Google

LIVRE VI

LES SUCCESSIONS

TITRE I

LA SUCCESSION EN GÉNÉRAL — L'INSTITUTION D'HÉRITIER

---

747. — **Définitions** : La succession est définie, en droit français, la transmission des biens et des droits d'une personne décédée. En droit romain, il serait plus exact de dire : la transmission de la *personnalité* d'un individu décédé à une ou plusieurs personnes qui portent le nom d'héritiers.

En effet, le défunt est censé se survivre à lui-même, avec son culte domestique, avec tous ses droits et toutes ses obligations en la personne de l'héritier, ou des héritiers[1].

748. — **Succession testamentaire**; — *ab intestat :* La succession (on dit aussi *hérédité*), peut être testamentaire ou *ab intestat*[2]. Testamen-

1 Cuq, *Institutions*, p. 279; Paul, *Sent.*, 4, 8, 6.
2 Gaius, 2, 99.

Digitized by Google

taire, lorsque le continuateur de la personne du défunt est désigné par le défunt lui-même; *ab intestat* lorsque, à défaut de manifestation de dernière volonté du *de cujus*, c'est la loi qui se charge de désigner le continuateur ou les continuateurs de sa personne. En droit français, l'hérédité *ab intestat* a toutes les préférences du législateur; il n'en est pas de même en droit romain[1]. Les Romains attachaient une grande importance à ne pas mourir intestats et considéraient l'inexistence ou la perte d'un testament comme un grave malheur.

749. — **L'institution d'héritier :** Autres différences : les dispositions d'un testament, en droit français, ne sont pas solidaires les unes des autres; certaines peuvent valoir quand les autres seraient nulles.

En droit romain, tout testament dépend de la validité de l'institution d'héritier (*caput et fundamentum totius testamenti*); si cette institution tombe, toutes les dispositions du testament tombent avec elle[2].

750. — **Institution partielle :** Enfin, en droit français, on peut décéder partie testat, partie intestat, c'est-à-dire régler l'attribution d'une partie de son patrimoine en laissant la loi disposer du reste. En droit romain, « *Nemo paganus partim testatus partim intestatus decedere potest* ». *Paganus*, le non militaire « le civil », est ici opposé au militaire qui, par privilège spécial, peut décéder partie testat, partie intestat[3].

1 Cela résulte de la formule même des XII Tables, sur l'ouverture de la succession *ab intestat « si intestato moritur... »*.

2 Gaius, 2, 229.

3 Inst., *de hered. inst.*, 5; D. 47, *de reg. jur.* (Pomponius).

Digitized by Google

751. — **Pluralité d'institués :** Le testateur peut d'ailleurs instituer plusieurs héritiers, appelés à ne recueillir chacun qu'une partie de la succession, à condition que ces parties additionnées fassent le total de la succession [1].

752. — **Calcul de la part des institués** : A. Si le testateur n'a point assigné de part à chacun des intéressés, ils partagent également : Primus, Secundus et Tertius, institués sans désignation de part prendront chacun un tiers [2].

B. Si le défunt a assigné des parts à tous les institués, il n'y aura pas encore de difficulté. Titius et Seius sont institués Titius pour *deux*, Seius pour *trois :* Titius prendra deux cinquièmes, Seius trois cinquièmes [3].

C. Le défunt a assigné des parts à certains de ses héritiers : « Je donne, a-t-il dit, quatre à *Primus*, trois à *Secundus*, le reste à *Tertius*. Quelle sera la part de chacun? Le langage du testateur, véritable énigme pour nous, est clair pour un Romain. L'hérédité, d'après les habitudes romaines, est considérée comme une unité, un *as*, qui se divise en douze *unciæ* : Primus aura *quatre onces*, Secundus *trois onces*, et « le reste » de Tertius vaudra *cinq onces* ($4 + 3 + 5 = 12$).

Quelquefois le testateur, dans ses attributions, dépasse le chiffre 12 : il aura donné cinq à l'un, six à l'autre, deux à un troisième, le reste à un quatrième.... C'est, dit-on, qu'il a voulu compter son hérédité pour *deux as*, en faire double pesée (*dupondius*). Il a disposé de 13 *unciæ*? il en reste

1 Inst., *loc. cit.*
2 *Ibid.*, 6.
3 *Ibid.*, 6.

Digitized by Google

encore 11 dont il peut disposer (13 + 11 = 24 ou deux fois 12 *unciæ*). — S'il y a beaucoup d'institués le testateur peut faire triple pesée, *tripondius*, et compter son hérédité pour trois as ou 36 *unciæ*[1].

753. — **Droit d'accroissement** : Chaque institué, quand même une part lui a été assignée, a vocation à toute la succession. J'aurais beau dire : j'institue *Primus* mon héritier pour moitié, *Secundus*, pour l'autre moitié : si par suite de prédécès, incapacité, répudiation, *Secundus* vient à ne pas recueillir sa part d'hérédité, la succession tout entière sera dévolue à *Primus*. C'est ce qu'on appelle le droit d'accroissement (*jus adcrescendi*[2]).

754. — Si plusieurs institués sont appelés à recueillir la part d'un institué défaillant, ils se partageront cette part proportionnellement aux quotités respectives qu'ils étaient appelés à recueillir dans la succession : soit *Primus* institué pour deux, *Secundus* pour quatre, *Tertius* pour six : si *Tertius* vient à manquer, la part qui lui était attribuée se partagera entre *Primus* et *Secundus* dans la proportion de leurs vocations respectives, c'est-à-dire que *Secundus* institué pour quatre, en prendra quatre parts contre deux attribuées à Primus institué pour deux.

755. — *Jus caduca vindicandi* : Telle fut la règle jusqu'aux lois *Julia* et *Papia Poppea;* telle elle devait être dans le dernier état du droit; mais le droit d'accroissement, remplacé par le *jus caduca vindicandi*, eut une longue éclipse d'Auguste à Justinien.

1 Inst., *de hered. inst.*, 8.
2 Paul, *Sent.*, 4, 8, 27.

Digitized by Google

Les guerres civiles avaient dépeuplé l'empire : la corruption des mœurs tarissait les sources de la natalité : on ne se mariait plus, on n'avait plus d'enfants : Auguste imagina de donner des récompenses au mariage et à la fécondité, de punir la stérilité et le célibat : ce fut l'œuvre des lois *Julia* et *Papia Poppea.*

Les *cœlibes* (célibataires ou veufs non remariés) appelés à une succession perdaient le *jus capiendi*, c'est-à-dire le droit de la recueillir; les *orbi* (gens mariés sans enfants) n'en perdaient que la moitié : voilà pour la peine.

Mais qu'allaient devenir ces parts échappées des mains d'héritiers frappés par la loi? (On les appelait *caduca* de *cadere* tomber et les lois qui avaient créé les incapacités portaient le nom de *lois caducaires*). Elles étaient attribuées, à titre de récompense (*prœmia patrum*), aux héritiers *patres*, à leur défaut aux légataires *patres*, en un mot à ceux qui « *liberos habent in testamento* » et, si aucun individu désigné dans le testament ne remplit les conditions du programme, la part caduque est dévolue au fisc[1].

C'est là le système du *jus caduca vindicandi* qui, pendant cinq cents ans, remplaça le droit d'accroissement. Il fut abrogé pièce à pièce sous les empereurs chrétiens, et Justinien en fit disparaître les derniers débris[2].

Certaines personnes étaient exemptées de l'application des lois caducaires : c'étaient les ascendants et les descendants jusqu'au 3e degré; on

1 Gaius, 2, 144, 206 ; D. L. 142, *de verb. signif.* (Paul); fragm. *de jure fisci*, feuille 1, al. 3 (Girard, *Textes*, p. 424).
2 Code L. un. *de caducis tollendis* (Justinien).

Digitized by Google

disait d'elles qu'elles jouissaient du *jus antiquum.*

756. — **Les substitutions :** Etant donné l'importance sans bornes que les Romains attachaient à ne pas mourir intestats, ils devaient s'ingénier à éviter par tous les moyens que leur hérédité, par suite de prédécès, répudiation, incapacité de l'institué, ne demeurât vacante : c'est là le motif de la création des substitutions.

757. — A. *Substitution vulgaire :* Rien de plus simple que la substitution vulgaire. J'institue *Primus*, et, pour le cas où il ne recueillerait pas ma succession, je lui substitue *Secundus;* on peut faire une longue série de substitutions et, au dernier échelon, instituer un esclave héritier nécessaire. La substitution vulgaire est donc une institution conditionnelle en second (ou troisième, quatrième, etc.) ordre pour le cas où la personne instituée en premier rang viendrait à ne pas recueillir l'hérédité[1].

758. — B. *Substitution pupillaire :* La substitution pupillaire est plus originale. Ce n'est pas de son hérédité que se préoccupe le testateur, mais de l'hérédité de son enfant impubère, pour le cas où cet enfant, mourant avant la puberté, décéderait obligatoirement intestat, puisqu'il faut être pubère pour faire un testament.

Le père de famille ne se contente pas de désigner son héritier, mais il désigne aussi l'héritier de tel ou tel de ses enfants, pour le cas où cet enfant mourrait impubère : c'est la *substitution pupillaire*[2].

759. — C. *Substitution quasi-pupillaire ou exem-*

1 Inst. *de vulg. subst.* pr.
2 Inst. *de pupill. subst.* pr. et § 3; Gaius, 2, 179; Cicéron, *de oratore*, 1, 39, 180, etc.

Digitized by Google

plaire : La substitution *exemplaire* n'est, comme son nom l'indique, qu'une imitation de la précédente. Ce n'est plus un fils impubère qui préoccupe le père de famille, mais un fils fou : et la substitution exemplaire n'est pas autre chose que la désignation par le père de famille au *furiosus* d'un héritier pour le cas où il décéderait sans avoir recouvré la raison[1].

760. — D. *Substitution fidéicommissaire :* (ou fidéicommis graduel). Cette disposition appartient moins à la matière des substitutions, auxquelles son nom la rattache qu'à la matière des fidéicommis. C'est la disposition par laquelle un testateur institue pour son héritier une personne qu'il charge de conserver son patrimoine pendant sa vie, et de le remettre à son décès à une seconde personne désignée.

C'est cette disposition qui est prohibée en droit français sous le nom abrégé de « substitution ».

1 C'est Justinien qui a fait de cette substitution une institution régulière. C l. 9, *de impuberum et aliis subst.* — Des décisions dans le même ordre d'idées (p. ex. concernant un *fils muet*) sont signalées par Paul comme des actes du bon plaisir impérial. L. 43. D. *de vulg. et pupill. subst.*

Digitized by Google

TITRE II

CONDITIONS DE VALIDITÉ DES TESTAMENTS

CHAPITRE I

Formes des testaments.

---

761. — **1re Epoque :** *testament* CALATIS COMITIIS. Dans le vieux droit romain, le testament se fait *calatis comitiis*, c'est-à-dire dans une réunion des comices curiates, ce qui ne laisse pas d'être incommode, car les comices curiates ne se réunissent que deux fois l'an, et la mort pourrait ne pas les attendre. Le testament *calatis comitiis* est une véritable loi rendue par les curies, qui consacre la volonté du testateur[1].

762. — (Suite) *Testament* PER ÆS ET LIBRAM : Dès les premiers temps de Rome, on voit apparaître, à côté de la forme patricienne du testament *calatis comitiis*, le testament *per æs et libram* qui n'est en somme qu'une mancipation de l'hérédité.

763. — Dans le principe, le testateur mancipait réellement et directement son hérédité à l'héritier qu'il voulait instituer, ce qui présentait un double inconvénient : l'héritier était connu; sa désigna-

1 Gaius, 2, 101.

Digitized by Google

tion était irrévocable. Plus tard, le *familiæ emptor* ne fut plus qu'un figurant chargé de remettre l'hérédité au successeur inconnu que le testateur avait désigné dans les tablettes *closes* de son testament.

Après l'accomplissement des cérémonies de la mancipation, le testateur faisait une déclaration conçue en ces termes : « *Hæc ita ut in ceris tabulisque scripta sunt, ita volo, ita rogo, ita testor* ». Cette attestation solennelle s'appelait la *nuncupatio*. *Nuncupare*, d'après Festus, c'est « *palam nominare* » désigner publiquement. Le testament *per æs et libram* existait encore pendant les premiers siècles de l'empire [1].

764. — *Testament* IN PROCINCTU : les militaires pendant cette première époque font leur testament *in procinctus*, en présence de l'armée, sur le front de bataille : « *procinctus est armatus expeditusque exercitus* ». C'est ainsi que cinq cohortes de l'armée de Métellus firent leur testament avant de monter à l'assaut de Contrébie [2]*.

765. — *Testament* NUNCUPATIF : Le testament purement *nuncupatif* consiste dans une simple déclaration verbale en présence de sept témoins. C'est le testament des hommes que la mort presse. C'est par un testament semblable que le poète Horace institua Auguste son héritier [3].

766. — 2e Epoque : *Testament prétorien* : Le

1 Gaius, 2, 102, 104.

2 Gaius, 2, 101. Vellédius Paterculus, 2, 5. * En vertu de divers privilèges accordés par Jules César, Titus, Domitien, Nerva, Trajan, la dernière volonté du soldat doit être exécutée sous quelque forme qu'il l'ait exprimée. V. Instit. *de milit. testam.*

3 Suétone, *Deperd. libr. reliquiæ.*

Digitized by Google

préteur avait pris l'habitude de considérer comme valable le testament présenté par le disposant à sept témoins qui y apposaient leur cachet (*obsignatio*) avec leur nom en regard (*præscriptio*) : c'est une déformation du testament *per æs et libram* par suite de laquelle le *familiæ emptor* et le *libripens* sont devenus de simples témoins. Ce testament, beaucoup plus simple, devint d'une pratique journalière [1].

(Le testament *nuncupatif* existe toujours).

767. — **3e Epoque :** *Testament du Bas-Empire* : Nous retrouvons sous le Bas-Empire le testament nuncupatif toujours subsistant. — La forme spéciale à cette époque est le *testament tripartite*, testament écrit, que le testateur présente aux témoins, et qui est revêtu des signatures de ses témoins au bas des dispositions (que le testateur peut d'ailleurs leur dissimuler en pliant la partie du parchemin ou du papyrus qui les contient). Ce testament est dit *tripartite* parce qu'il emprunte : 1° au droit civil le concours des témoins et l'*unité de contexte*. Par l'*unité de contexte* on entend l'obligation d'accomplir en une seule fois et sans interruption toutes les formalités du testament ; — 2° au droit prétorien, l'apposition des cachets des sept témoins (*obsignatio* et *præscriptio*) à l'extérieur des tablettes, ou sur la partie externe du papyrus plus en usage à cette époque ; — 3° aux constitutions impériales, la *subscriptio*, c'est-à-dire la signature intérieure avant clôture par les témoins et par le testateur lui-même en présence des témoins. Quand le testateur ne sait pas écrire et a

1 Ulpien, *Reg.* 28, 6. Gaius, 2, 119.

Digitized by Google

dû recourir à la plume d'un tiers on exige la présence d'un témoin de plus[1].

768. — **Désignation de l'héritier** : La formule pour désigner un héritier est constante, quelle que soit la forme du testament. C'est « *Titius heres esto* » ou « *Titium heredem esse volo* (ou *jubeo*) » : — Les termes de l'institution ramenés à trois ou à quatre types, furent solennels jusqu'à Constantin[2].

CHAPITRE II

Conditions de fond de la validité des testaments.

---

769. — La condition de fond essentielle à la validité d'un testament est la *testamenti factio* du *de cujus* et de l'institué. Il faut distinguer en cette matière : 1° d'une part, la *factio testamenti* active (capacité de disposer) et la *factio testamenti* passive (capacité de recevoir) ; 2° d'autre part, la *factio testamenti* absolue et la *factio testamenti* relative.

770. — *Factio testamenti* **active** (ou capacité du testateur) :

A. Ceux-là seuls ont eu dans le principe la *factio testamenti* active, auxquels la loi reconnaissait le droit d'avoir un patrimoine. — Cela excluait les esclaves[3], les pérégrins, les personnes *in patria*

1 Inst., *de testam ordin.*, 3.
2 Gaius, 2, 116 et 117. — Ulp., *Reg.*, 20; — Code, 6, 23, 15.
3 Sauf en ce qui concerne les captifs, l'application de la loi Cornelia.

Digitized by Google

potestate. Cette rigueur s'est atténuée avec le temps. La capacité de tester a été accordée : 1° aux esclaves publics sur la moitié de leur pécule [1].

2° Aux pérégrins qui avaient reçu le *jus commercii*.

3° Aux fils de famille sur leur pécule *castrense*.

771. — B. Certaines incapacités de tester peuvent être probablement rattachées à l'ancienne forme du testament *calatis comitiis*, par exemple celle de la femme qui ne disparut que sous Hadrien [2].

772. — C. D'autres sont fondées sur une insuffisance d'intelligence : celle de l'impubère, celle du *furiosus* (à moins qu'il ne soit dans un intervalle lucide), celle du prodigue : celles-là ne pouvaient disparaître et ont été maintenues.

773. — D. Enfin la *factio testamenti* est retirée par la loi : anciennement aux personnes *improbæ intestabilesque*, plus tard, aux latins juniens et aux déditices [3].

774. — *Factio testamenti* **passive** (ou capacité de l'héritier) : N'avaient pas la capacité de recevoir :

1° Les personnes *intestabiles* [4].

2° Les pérégrins non gratifiés du *jus commercii*; et par conséquent ceux qui ont perdu le droit de cité [5].

3° Les femmes en vertu de la loi Voconia (585

1 Ulpien, *Reg.*, 20, 16.

2 Cela n'empêchait pas la femme de faire un testament *per æs et libram* et pourtant nous savons que l'affranchie seule pouvait tester : de là la *coemptio testamenti faciendi gratia* (V. *suprà*, n. 251), Ulpien, *Reg.*, 20, 15.

3 Ulpien, *Reg.*, 20, 14.

4 V. Girard, *Manuel*, p. 192.

5 D. *Qui testam. facere possunt*, L. 8 (Gaius).

Digitized by Google

de R.). (C'est seulement par les personnes appartenant à la 1re classe du cens, possédant par conséquent plus de 100.000 as qu'elles ne pouvaient être instituées)[1].

4° Les *personæ incertæ :* cependant on a permis d'instituer par avance un posthume[2].

775. — Il est nécessaire de remarquer que les esclaves peuvent être institués soit par leurs maîtres soit par des tiers. Par leurs maîtres, avec affranchissement exprès; mais, dans le dernier état du droit, l'institution même équivaut à un affranchissement tacite. — Par des tiers : ils héritent pour le compte de leur maître. Il faut en ce cas que la *factio testamenti* relative dont nous allons parler maintenant existe entre le testateur et le maître de l'esclave institué[3].

776. — *Factio testamenti* **relative :** Par la *factio testamenti* relative, il faut entendre la capacité, pour deux personnes déterminées qui jouissent de la *factio testamenti* absolue, d'être instituées l'une par l'autre. — Sauf quelques exceptions relatives dans le dernier état du droit aux enfants incestueux, au deuxième conjoint, aux enfants naturels, tous les Romains et leurs esclaves pour eux ont la faction de testament.

777. — La *factio testamenti* active doit exister chez le testateur à l'époque de la confection du testament et à l'époque du décès; — la *factio tes-*

1 Prohibition tombée assez rapidement en désuétude. V. Cicéron, *Verrines*, 40, 43, 104, 111; et le testament de Dasumius (108 ap. J.-C.), Girard, *Textes*, p. 721. — Aulu-Gelle, 20, 1.

2 Ulp., *Reg.*, 22, 4. — Aulu-Gelle, 216. — Le droit prétorien étendit cette faveur aux *posthumi alieni* (Inst., *de bon. poss.*, pr.).

3 Inst., *de hered. inst.*, pr.

Digitized by Google

tamenti passive, chez l'héritier, au moment de la confection du testament, au moment de l'ouverture de la succession et au moment de l'adition d'hérédité (*tria tempora inspici debent*). — Une incapacité survenue à l'héritier entre la confection du testament et le décès du testateur est sans effet si, au moment du décès, l'héritier a recouvré sa capacité (*media tempora non nocent*) [1].

CHAPITRE III

Infirmation des testaments.

---

778. — **Causes d'infirmation des testaments** : Un testament est sans effet : 1° lorsqu'il est *nullum ab initio*, c'est-à-dire lorsqu'il présente une nullité de forme, ou l'absence d'une condition de fond.

779. — 2° Lorsque, valable dans le principe, il est *ruptum*.

Un testament est rompu (*ruptum*) lorsqu'il est révoqué par un testament postérieur [2]; il est également *ruptum* par l'agnation d'un posthume non exhérédé (V. *infrà*, n. 796).

780. — 3° Lorsqu'il est *irritum* : le testament est *irritum* lorsque le testateur est, au moment de son

1 D. *de hered. inst.*, 60, 4 (Celsus).
2 Gaius, 2, 144.

Digitized by Google

décès, *capite minutus* (V. néanmoins la *fiction de la loi Cornelia*, n. 123)[1].

781. — 4° Lorsqu'il est annulé pour cause d'inofficiosité (V. *infrà*, n. 789).

782. — 5° Lorsqu'il est *destitutum*, c'est-à-dire lorsque l'héritier institué refuse la succession. Cette matière sera étudiée un peu plus loin (V. *infrà*, n. 800 et s.).

CHAPITRE IV

La liberté de tester et ses restrictions.

---

783. — **Loi des XII Tables** : La liberté de tester du *paterfamilias* n'a peut-être pas toujours existé chez les Romains et il n'est pas impossible qu'à une époque lointaine, elle ait rencontré un obstacle dans la copropriété familiale. Mais elle apparaît complète à l'époque des XII Tables : *Uti legassit super pecunia suæ rei ita jus esto*[2]. Signalons toutefois l'avis opposé de M. Cuq qui, distinguant dans le patrimoine du chef de famille deux parties, la *familia* composée des *res mancipi* et la *pecunia*, masse des *res nec mancipi*, suppose que la liberté de tester proclamée par la loi des XII Tables ne visait que la *pecunia*[3].

784. — **Réaction** : Postérieurement[4] une réac-

1 Gaius, 2, 145.
2 XII Tables, t. V, 3.
3 Cuq, *Instit.*, p. 282.
4 M. Girard admet, au contraire, que la nécessité de l'exhérédation n'est pas postérieure aux XII Tables. Girard, *Manuel*, p. 830-831.

Digitized by Google

tion se produit qui oppose à la liberté du *paterfamilias* le droit des enfants; les étapes de cette réaction sont : 1° la théorie de l'exhérédation; 2° l'extension prétorienne donnée à cette théorie; 3° la *querela inofficiosi testamenti;* 4° la théorie de la *légitime.*

785. — **Exhérédation :** La jurisprudence oblige le *pater* qui ne laisse pas sa succession à ses *sui heredes*, à les déshériter par une déclaration formelle et même nominative en ce qui concerne les fils. Les filles et petits-fils peuvent être exhérédés en bloc, *inter cæteros : Titius heres esto; cœteri exheredes sunto*, — ou par omission. Faute d'exhérédation régulière des *heredes sui*, le testament était nul[1].

786. — *Les posthumes :* Mais comme on ne peut instituer ou exhéréder que les personnes vivantes il en résultait que la naissance d'un *heres suus* après la confection du testament rompait le testament, dans des conditions réparables si le testateur était encore en état de refaire ses dispositions, dans des conditions irréparables si le testateur n'existait plus. Pour obvier à cet inconvénient la jurisprudence et même une loi positive, la loi Junia Vellæa (ou Velléia), permirent d'exhéréder d'avance les posthumes : et l'on désigne par ce mot non seulement les héritiers siens qui naissent après le décès du testateur (posthumes légitimes), mais ceux qui naissent après le testament. L'exhérédation de ces derniers a été permise par la loi Velléia et on les appelle *posthumes velléiens*[2].

1 Gaius, 2, 123.
2 Inst. I, *de exhered. liber.* 1; D. *de lib. et post.*, 29, 11-13.

Digitized by Google

787. — Mais on peut ne pas naître héritier sien, ne pas l'être au moment du testament et le devenir ensuite : p. ex., un petit-fils dont le père existait à l'époque du testament de son grand-père et est prédécédé au moment du décès de celui-ci, ne devient *suus heres* qu'entre le testament et la mort du *de cujus*. Les faits de cette nature ont été prévus soit par la loi Velléia, soit par les *prudentes* qui ont institué ou fait admettre l'exhérédation de tous ces *sui heredes* nés ou qualifiés depuis le testament, sous le nom de *quasi posthumes Velléiens*, de *posthumes Aquiliens* (de l'invention d'Aquilius Gallus), de *posthumes Juliens* (de l'invention de Salvius Julianus)[1].

788. — *Extension prétorienne de la théorie de l'exhérédation :* 1° Le préteur a exigé l'exhérédation des enfants émancipés, qui ont cessé d'être *sui heredes*.

2° Il a exigé l'exhérédation nominative pour tous les descendants du sexe masculin, pour les petits-fils aussi bien que pour les fils[2].

789. — **Inofficiosité :** La *querela inofficiosi testamenti* est une institution d'origine coutumière et paraît avoir été adoptée vers le début de l'Empire par la jurisprudence du tribunal des centumvirs. Ce tribunal se mit à annuler même les testaments dans lesquels les héritiers siens étaient régulièrement exhérédés, lorsque le dépouillement de ces héritiers lui paraissait injuste « *non*

1 Même loi 14, 15. Il peut également y avoir agnation d'un posthume au testament par *coemptio* du testateur avec une épouse. Gaius, 2, 139 et *laudatio funebris Turiæ*, lignes 13 et s. Girard, *Textes*, p. 732.

2 D. *de bon poss. contrà tabulas*; Inst. 2, 13, *de exhered. liberorum*, 7; Gaius, 2, 125.

Digitized by Google

ex officio pietatis conscriptum »; on feignait de croire, en pareil cas, que le testateur ne jouissait pas de toute sa raison! L'action par laquelle le *suus heres* faisait tomber le testament s'appelait *querela inofficiosi testamenti*[1].

La question se posait à cette époque entre le maintien intégral du testament ou sa caducité complète, lors même que le testateur avait laissé quelque chose au *suus heres* déshérité[2].

790. — **Action en supplément** : Sous le droit byzantin, on voit naître l'*action en supplément* qui, tout en laissant subsister le testament, fait obtenir au *suus heres* le complément de sa *légitime* fixée au quart de ses droits successifs. Ainsi se constitue la *théorie de la légitime* que l'on retrouvera plus tard dans notre droit ancien et qui a passé dans le Code civil sous le nom de *théorie de la réserve*[3].

1 Paul, *Sent.*, 4, 5, 8; — *Ibid.*, 3, 5, 1; — Cicéron, *in Verrem.*, 1, 42; id., *de oratore*, 1, 38, 57.

2 D. 5, 2, 6, § 1; 8, § 16 (Ulpien).

3 Code théod., 16, 7, 28 (Théodose II et Valentinien III). — Majoriani aug. *legum novellarum*, tit. 8, *de sanctimonialibus et viduis*. — Code, 3, 28; lois 28, 30, 31.

Digitized by Google

TITRE III

LA SUCCESSION *AB INTESTAT*

---

791. — **Ouverture de la succession *ab intestat* :** Lorsqu'il n'existe pas de testament, ou que le testament est nul, ou que, pour une raison quelconque, il ne produit pas d'effet, il y a ouverture de la succession *ab intestat*. — La succession *ab intestat* s'ouvre au moment où il devient sûr qu'il n'y aura point d'hérédité testamentaire. C'est à ce moment, qui peut être très postérieur au décès, qu'il faut se reporter pour savoir quels sont les héritiers appelés[1].

792. — **Législations successives :** Trois systèmes successoraux se sont établis à diverses époques : le système du droit civil pur, le système du droit prétorien, enfin le système du droit impérial.

793. — **Système du droit civil pur :** La loi des XII Tables appelle en première ligne à l'hérédité les héritiers siens, en seconde ligne les *agnats*, en troisième ligne les *gentiles*[2].

Lorsqu'il n'existe pas d'héritiers du premier ordre, c'est l'agnat le plus proche qui recueille la succession : *adgnatus proximus familiam habeto;*

1 Instit., *de heredit. quæ ab intest. deferuntur*, 7.
2 XII Tab. V, 2.

Digitized by Google

s'il y a plusieurs agnats au même degré, ils se partagent l'hérédité par tête *[1].

A défaut d'agnats la succession passe aux *gentiles : gentilis familiam nancitor :* la désuétude précoce de la succession des *gentiles* nous a privés de toute espèce de renseignements sur son fonctionnement.

794. — **Système du droit prétorien :** Le préteur ne déférait pas l'hérédité proprement dite, mais il accordait la *bonorum possessio* ou l'hérédité prétorienne, et l'ordre de dévolution qu'il adoptait mettait en échec l'ordre d'hérédité du droit civil.

L'hérédité prétorienne est avant tout fondée sur les liens naturels. Les possessions de biens les plus importantes accordées par le préteur se présentaient dans l'ordre suivant.

1° *Possessio unde liberi :* le préteur l'accordait aussi bien aux enfants sortis de la famille par l'émancipation qu'aux enfants demeurés *sui hæredes.*

2° *Possessio unde legitimi*, qui correspond à la succession des agnats.

3° *Possessio unde cognati* : institution toute prétorienne qui appelle à la succession des membres de la famille naturelle jusqu'au sixième degré et même jusqu'au septième degré pour les enfants de cousins issus de germains. Cette innovation des préteurs n'a pas peu contribué à faire disparaître la succession des *gentiles*[2].

4° *Possessio unde vir et uxor :* hérédité entre le

*1 *Succession des affranchis :* L'affranchi n'a d'autres agnats que son patron et sa postérité agnatique. Le 2e ordre d'héritiers est donc représenté, pour les affranchis, par le patron et ses enfants (Ulp. Reg., 27, I, 4).

2 Gaius, 3, 25-31, 2, 137; Ulpien, 28, 8. D. *unde vir et uxor.*

Digitized by Google

mari et la femme. D'après le droit civil, la femme *in manu* héritait du mari puisqu'elle était *loco filiæ:* mais il n'y avait pas d'hérédité entre époux dans le mariage *sine manu*. Cette hérédité a donc été introduite par le droit prétorien[1].

795. — *Possessio cum re* ou *sine re* : l'hérédité civile et l'hérédité prétorienne se trouvent, comme on peut le voir, souvent en conflit. Dans certains cas le préteur, tout en maintenant sa théorie, en laisse fléchir l'application en présence des droits supérieurs que confère le droit civil : l'héritier du droit civil garde le patrimoine au détriment du *bonorum possessor* : on dit alors que la possession de biens est donnée par le préteur *sine re*. — Dans d'autres cas, le système du préteur se rencontre avec le système du droit civil, ou, s'il est en contradiction avec le droit civil, le préteur le fait prévaloir quand même : on dit que la possession est donnée *cum re*[2].

996. — *Collatio bonorum :* Le fils sorti de la famille par l'émancipation que le préteur rappelle au partage de l'hérédité paternelle par la *possessio bonorum unde liberi* est obligé de mettre dans la masse à partager les biens qu'il a acquis depuis son émancipation. — C'est ce qu'on appelle la *collatio bonorum*[3].

797. — **Innovations du droit impérial** : Le mouvement de réaction au profit de la famille naturelle contre les anciens privilèges de la famille

1 D. *unde vir et uxor.*
2 Gaïus, 3, 35 ; Ulpien, *Reg.*, 28, 53.
3 Les dimensions restreintes de cet ouvrage ne nous permettent pas de traiter de la *collatio dotis* et de la *collatio emancipati.*

Digitized by Google

agnatique continue sous l'empire. Le sénatus-consulte Tertullien, rendu sous Hadrien, appelle la mère à la succession de ses enfants, et le sénatus-consulte Orphitien rendu sous Marc-Aurèle, appelle les enfants à la succession de leur mère[1].

798. — **Régime successoral de Justinien :** Les novelles 118 et 123 de Justinien ont introduit un système d'hérédité dont le développement ne saurait trouver place ici, mais qui consacre définitivement les droits de la famille naturelle et dont les principaux traits se retrouvent dans notre législation française des successions. Justinien reconnaît trois ordres d'héritiers : 1° les descendants ; 2° les ascendants ; 3° les collatéraux.

1 Voir aux Institutes, 3, 3 de S.-C. *Tertull.* et 3, 4 de S.-C. *Orphit.*

Digitized by Google

TITRE IV

ACCEPTATION ET RÉPUDIATION DE L'HÉRÉDITÉ

---

799. — **Qualités et différences des héritiers :** En ce qui concerne l'acquisition de la succession, il faut distinguer trois sortes d'héritiers : 1° les héritiers nécessaires; 2° les héritiers *siens* (on dit aussi *héritiers siens et nécessaires*); 3° les héritiers *extranei*[1].

800. — 1° **Héritiers nécessaires :** L'héritier nécessaire ne se rencontre que dans les successions testamentaires : c'est un esclave que le testateur a institué en dernière ressource pour que son hérédité ne demeurât pas vacante, alors qu'elle est insolvable et pour éviter qu'après son décès, sa mémoire encourût l'infamie par suite d'une *bonorum venditio*. L'esclave ainsi institué devient libre et sera héritier bon gré mal gré : c'est sous son nom que se fera la *publicatio bonorum :* c'est lui qui encourra l'infamie [2].

801. — Mais le préteur atténue les inconvénients de cette situation en accordant à l'héritier nécessaire le *bénéfice de séparation de biens*, c'est-à-dire l'avantage de ne pouvoir être poursuivi par les créanciers de la succession sur les biens qu'il acquerrait postérieurement [3].

1 Instit., *de hered. qual. et differ.* pr.
2 Gaius, 2, 154.
3 *Ibid.*, 155.

Digitized by Google

802. — 2° **Héritiers siens** : (enfants qui se trouvent sous la puissance du testateur au moment de son décès, y compris la femme *in manu*). — Peu importe qu'ils viennent à l'hérédité par testament ou *ab intestat*. Dans l'un et l'autre cas, ils n'ont pas besoin d'accepter la succession, ils sont héritiers de droit. Mais ils peuvent se soustraire aux charges héréditaires en usant du *jus abstinendi* (également créé par le préteur), c'est-à-dire en évitant tout acte d'appréhension du patrimoine, toute immixtion dans l'actif [1].

803. — 3° **Héritiers externes** : Ce titre s'applique à tous les héritiers tant institués qu'*ab intestat* qui ne sont ni héritiers *nécessaires*, ni *héritiers siens* : il s'applique, dans les successions *ab intestat*, aux agnats : le nom d'*extranei* n'implique donc point nécessairement l'idée d'extranéité à la famille [2].

804. — L'héritier externe n'est pas héritier de plein droit ; il ne deviendra héritier que s'il le veut bien, par une acceptation que l'on appelle, en droit romain, *adition d'hérédité* [3].

805. — *Formes de l'acceptation. Crétion* : L'adition d'hérédité peut être expresse ou tacite ; elle se fait : 1° par une déclaration expresse d'acceptation appelée *cretio* (de *cernere* prendre un parti [4]) ; 2° par des actes d'immixtion dans la gestion du patrimoine, *pro herede gerendo* (ce que nous appelons aujourd'hui faire des actes d'héritier [5]) ; 3° *Nuda*

1 Inst., *loc. cit.*, § 2. Paul, *Sent.*, 5, 8, 5 ; Gaius, 2, 159 ; D. L. 57 pr. *de adquiranda vel omitt. hered.* (Gaius).
2 Inst., *loc. cit.*, §§ 3 et 5.
3 *Ibid.*
4 Gaius, 2, 164-178.
5 Inst., *loc. cit.*, 7.

Digitized by Google

voluntate, en prenant le titre d'héritier dans un acte[1].

806. — Mais comme, s'il fait adition d'hérédité, l'*heres extraneus* deviendra responsable des dettes non pas seulement à concurrence des biens de la succession mais sur son propre patrimoine, on comprend que l'hérédité soit exposée à demeurer vacante si elle est insolvable ou simplement suspecte d'insolvabilité.

De là le *délai de crétion*, et le *jus deliberandi* introduits par le préteur. Le *délai de crétion* est un délai de 100 jours pendant lesquels l'héritier délibère sur le parti à prendre (exerce le *jus deliberandi*). Si, à l'expiration du délai, l'héritier n'a pas pris parti, les créanciers sont envoyés en possession de la succession[2].

807. — Justinien mantint le *jus deliberandi :* il en étendit même le délai à 9 mois, s'il est donné par le magistrat, à un an s'il est accordé par l'empereur; mais, en outre, il créa le *bénéfice d'inventaire,* c'est-à-dire le droit pour l'héritier externe qui a fait un inventaire des biens de la succession en présence de tabellions, de n'être tenu des dettes héréditaires qu'à concurrence de l'actif. C'est encore l'économie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de notre droit contemporain[3].

808. — Le bénéfice d'inventaire et le *jus deliberandi* ne se cumulent pas : l'héritier qui a demandé et obtenu le *jus deliberandi* ne peut plus ensuite invoquer le bénéfice d'inventaire; il faut

1 Inst. *loc. cit.*
2 Gaius, 2, 167; D. L. 1, 1, *de jure deliberandi* (Ulpien).
3 Code, L. 22, *de jure delib.*

Digitized by Google

qu'il accepte ou refuse l'hérédité purement et simplement.

809. — 4° **Héritiers prétoriens :** Les héritiers prétoriens (*bonorum possessores*), ne deviennent héritiers qu'en demandant au préteur la *bonorum possessio*, par conséquent que s'ils le veulent bien.

810. — **Conséquences de l'acquisition de la succession. — Confusion :** L'acquisition de la succession, qu'elle résulte d'une adition d'hérédité ou de tout autre fait, a pour conséquence la confusion des patrimoines, des masses actives et passives du *de cujus* et de l'héritier[1].

Cette confusion peut être préjudiciable soit à l'héritier s'il est solvable et si la succession est grevée d'un passif supérieur à son actif, soit aux créanciers de la succession si, la succession étant bonne, c'est la situation de l'héritier qui est obérée : ils sont en effet obligés de concourir avec les créanciers de l'héritier sur l'actif héréditaire.

811. — **Séparation de biens :** Le législateur a remédié à l'inconvénient de la confusion des patrimoines par le système des *séparations de biens :* nous connaissons déjà deux types de séparation de biens : celle qui est accordée à l'esclave héritier nécessaire, celle qui résulte du bénéfice d'inventaire.

812. — Il en existe un troisième, symétrique au bénéfice d'inventaire, mais de création fort antérieure. C'est la *separatio bonorum* accordée sur de-

1 Code, L. 22; *de j. d.*, § 14.
2 Gaius, 3, 81.

Digitized by Google

mande par le préteur aux créanciers héréditaires. Les créanciers qui l'ont obtenue sont payés sur les biens de la succession à l'exclusion des créanciers de l'héritier; mais ils ne peuvent en revanche concourir avec ceux-ci sur les biens personnels de l'héritier, ni même être colloqués sur ces biens, après paiement des créanciers personnels de l'héritier (*recesserunt a persona heredis*). (Papinien toutefois exprimait un avis contraire)[1].

1 D. *de separ*. L. 1, § 1 et 2 (Ulpien). L. 1, 17 *eod. tit.* (Ulpien). L. 3, 2, *eod. tit.* (Papinien).

Digitized by Google

TITRE V

LES FIDÉICOMMIS D'HÉRÉDITÉ

---

813. — **Du fidéicommis en général** : Le fidéicommis est une disposition confiée, comme son nom l'indique, à la bonne foi de l'héritier ou d'un légataire qui est chargé de rendre à un tiers soit un objet particulier, — soit, s'il s'agit d'un héritier, une partie ou même la totalité de la succession. La personne chargée de remettre s'appelle le *fiduciaire*, celle qui reçoit du *fiduciaire* est appelée le *fidéicommissaire*.

814. — Ces dispositions, conçues en *termes précatifs*, n'avaient, dans le principe, rien d'obligatoire pour le fiduciaire : il n'y avait, pour le contraindre à exécuter les volontés du testateur, que le sentiment de la délicatesse, et cet *usage des honnêtes gens* dont la puissance était grande chez les Romains [1].

Auguste, sur l'avis d'un comité de jurisconsultes qu'il réunit à cet effet, rendit les fidéicommis obligatoires et confia la surveillance de leur exécution à la juridiction administrative des consuls.

Sous Marc-Aurèle, on créa pour connaître des actions relatives aux fidéicommis un magistrat spécial, le *prætor fideicommissarius*, qui statuait *extrà ordinem*.

1 V. Cuq. *Institutions*, p. 487 et s. Ulpien, *Reg.*, 25, 1.

Digitized by Google

815. — **Fidéicommis d'hérédité :** Nous n'avons à nous préoccuper ici que des fidéicommis d'hérédité. Lorsque le fidéicommis avait pour objet la totalité ou une quote-part de la succession, l'héritier fiduciaire se trouvait dans une situation très dangereuse car, obligé de remettre au fidéicommissaire tout ou partie de l'actif de la succession, il gardait néanmoins à sa charge le fardeau *entier* des dettes héréditaires, sauf à obliger le fidéicommissaire par un contrat verbal (*stipulatio emptæ et venditæ hereditatis, stipulatio partis et pro parte*) à lui rembourser ce qu'il avait été obligé de payer aux créanciers de la succession. Remède insuffisant si le fidéicommissaire n'était pas solvable.

816. — **Sénatus-consulte Trébellien** : Un sénatus-consulte du règne de Néron, le sénatus-consulte *Trébellien*, améliora cette situation en décidant que l'héritier qui aurait restitué tout ou partie de la succession à un fidéicommissaire serait, pour le tout ou pour cette partie, déchargé du fardeau des dettes. Les créanciers, en ce cas, à concurrence d'une fraction correspondante à la quotité de la part restituée (1/2, 1/3, 1/4, si la restitution était de 1/2, 1/3, 1/4 de l'hérédité) n'avaient plus aucune action contre l'héritier et ne pouvaient poursuivre que le fidéicommissaire[1].

817. — **Sénatus-consulte Pégasien :** L'acceptation devenait dès lors sans danger, mais ne présentait aucun avantage pour le fiduciaire. Rien ne le tentait d'accepter : de là un second sénatus-consulte, le sénatus-consulte Pégasien (du règne

1 Paul, *Sent.*, 4, 3, 2.

Digitized by Google

de Vespasien) qui permit à l'héritier de ne remettre au fidéicommissaire que les trois quarts de la succession et de garder un quart pour lui (la *quarte Pégasienne*)[1].

817 *bis*. — *Option de l'héritier*. Seulement, dans ce cas, c'était l'héritier fiduciaire qui demeurait responsable des dettes vis-à-vis des créanciers de la succession, sauf recours contre le fidéicommissaire. L'héritier pouvait choisir entre la restitution Trébellienne et la restitution Pégasienne et il choisissait l'une ou l'autre suivant que la succession était plus ou moins grevée et le fidéicommissaire plus ou moins solvable[2].

818. — **Système de Justinien** : Justinien fondit les deux sénatus-consultes : il autorisa l'héritier à garder dans tous les cas la quarte Pégasienne, mais le déchargea, conformément au sénatus-consulte Trébellien, de la part de passif correspondant à la part d'actif qu'il avait remise au fidéicommissaire[3].

1 Instit., *eod. tit.*, 5.
2 *Ibid*, 6.
3 *Ibid.*, 7.

Digitized by Google

TITRE VI

ACTIONS RELATIVES A L'HÉRÉDITÉ

---

819. — **La pétition d'hérédité :** Les droits de l'héritier civil sont sanctionnés par la *pétition d'hérédité* (*hereditatis petitio, vindicatio generalis*). C'est une action réelle qui s'est successivement intentée par le *sacramentum in rem*, au temps des actions de la loi; plus tard, par la *sponsio*, et par une formule pétitoire (Conf. 608, 609, *suprà*).

820. — Cette action est donnée à celui qui se prétend héritier, soit contre un détenteur de la succession qui se prétend héritier lui-même, soit contre un détenteur d'objets de la succession, qui, sans se prétendre héritier, dénie au demandeur la qualité d'héritier. Envisagée sous ce dernier aspect, la pétition d'hérédité n'est plus une *vindicatio generalis* mais une *vindicatio singularis* dans laquelle le débat porte néanmoins sur l'existence ou l'inexistence de la qualité d'héritier au profit du demandeur[1].

821. — **Sénatus-consulte Juventien :** Considérons la pétition d'hérédité sous son aspect le plus intéressant, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'un conflit entre deux personnes se prétendant l'une et l'autre héritières. Quelle sera la mesure

1 D. *de hered. pet.*, 11, 9 (Ulpien), 10 (Gaius), 11, 12, 13.

Digitized by Google

de l'obligation de la partie perdante? Elle aura à rendre la succession, si elle s'exécute sur la *pronunciatio* du juge, la valeur de la succession, si elle se laisse condamner.

C'est fort bien en théorie : mais que faut-il comprendre dans l'évaluation de la succession? C'est précisément cette question que se propose de résoudre le sénatus-consulte Juventien (sous Hadrien, en 129 apr. J.-C., consulat du célèbre jurisconsulte Juventius Celsus).

Le sénatus-consulte distingue entre le possesseur de mauvaise foi et le possesseur de bonne foi : le possesseur de mauvaise foi est tenu de rendre à l'héritier *tout ce qui lui manque*. — Le possesseur de bonne foi n'est tenu de restituer *que ce dont il s'est enrichi :* par conséquent il n'a à rendre ni ce qui a péri par cas fortuit, ni les sommes qu'il a payées même à tort à de prétendus créanciers de la succession *[1], ni la valeur des fruits qu'il a négligé de percevoir.

Mais, en revanche, il restituera tout ce dont il s'est enrichi, sans en excepter les fruits, qui existent encore, et même ceux qu'il a perçus s'il les a vendus (fruits naturels) ou placés (fruits civils). — Ainsi donc, on n'applique pas, en matière de pétition d'hérédité, la règle d'après laquelle « le possesseur de bonne foi fait les fruits siens ». Les principes que nous venons d'exposer sont condensés dans le brocard célèbre « *fructus augent hereditatem* [2] ».

822. — **Interdit** *quorum bonorum* : L'héri-

*1 Mais il devra céder en ce cas à l'héritier la *condictio indebiti* qui lui appartient.

2 D. *de hered. petit.* L. 20, 6 (Ulpien).

Digitized by Google

tier prétorien (*bonorum possessor*) avait, pour se faire remettre les choses corporelles héréditaires, un interdit *adipiscendæ possessionis* : l'interdit *quorum bonorum* [1].

823. — *Petitio hereditatis possessoria* : L'interdit *quorum bonorum* ne s'appliquant qu'aux objets corporels [2], était insuffisant ; le préteur, s'enhardissant en cette matière comme en toutes celles auxquelles il n'avait touché d'abord qu'avec réserve, donna au *bonorum possessor* une action fictice calquée sur la pétition d'hérédité, la *petitio hereditatis possessoria*, action fictice symétrique à la pétition d'hérédité civile [3].

1 Inst., *de interdictis*, 3; D. *quorum bonorum*, L. 1 pr.
2 D. *eod. tit.*, 4, 2 (Paul).
3 Gaius, 4, 34, 3, 81.

Digitized by Google

LIVRE VII

LES LIBÉRALITÉS ENTRE-VIFS ET A CAUSE DE MORT

DIVISION

---

824. — **Définition :** On entend par *libéralité, acte à titre gratuit*, tout acte par lequel une personne procure un bénéfice à une autre personne sans attendre en retour aucun avantage [1].

825. — **Division :** Les libéralités se divisent en libéralités entre-vifs et libéralités à cause de mort : les libéralités à cause de mort comprennent elles-mêmes les donations à cause de mort et les legs : aussi les romanistes réunissent-ils souvent ces deux dernières sortes de libéralités sous le titre commun de *mortis causa capiones*.

1 D. *De donationibus*, L. 29, pr. (Papinien).

Digitized by Google

TITRE I

LIBÉRALITÉS ENTRE-VIFS

CHAPITRE I

Donations entre-vifs.

SECTION I

Donations en général.

826. — **Qu'est-ce que la donation :** La donation entre-vifs n'est pas, quoi qu'en disent les Institutes de Justinien, un mode particulier d'acquisition (*genus adquisitionis*). C'est un acte qui a pour caractères essentiels : 1° de procurer l'appauvrissement d'un patrimoine et l'enrichissement d'un autre ; 2° de consommer au préjudice du donateur un dépouillement *actuel et irrévocable*.

827. — **Sa forme** : D'ailleurs, elle emprunte pour sa réalisation, les formes les plus variées : mancipation[1]*, tradition si elle a pour objet une *res nec mancipi*, engagement par contrat verbal, cession de créance[2], remise de dette sous la forme

1 Donations d'Artemidorus, de Julia Monime, de Statia Irène, de Syntrophus (Girard, *Textes*, 741 et s.). — * La mancipation est faite en pareil cas *nummo uno* (pour un sesterce, soit 0 fr. 20).

2 F. V. 263.

Digitized by Google

civile de l'*acceptilatio*, ou sous la forme prétorienne du *pactum de non petendo* [1].

828. — *Pactum donationis :* Sous le règne d'Antonin le Pieux, la convention de donation entre ascendants et descendants avait déjà été élevée au rang de *pactum vestitum* et sanctionnée par une action, la *condictio ex lege* [2]. Justinien généralisa cette mesure et l'appliqua à toutes les donations ; mais ce n'est pas une raison pour dire que la donation est un *genus adquisitionis;* c'est seulement une *causa adquisitionis*, comme la vente; et l'empereur confond la création de l'obligation avec la transmission de la propriété.

829. — **Loi Cincia :** Les donations entre-vifs étaient vues d'un mauvais œil par les Romains. Libres dans le principe, elles firent, en 550 de Rome, l'objet d'une loi restrictive, la loi Cincia *de donis et muneribus*. Cette loi, dont une première disposition interdisait aux avocats de recevoir des honoraires *ad causam orandam*, limitait, dans les dispositions suivantes, les donations entre-vifs à un taux déterminé (*modus Cinciæ*) qui n'est pas parvenu jusqu'à nous [3].

830. — Ce que l'on sait, c'est : 1° que la donation *suprà modum Cinciæ* était nulle non pas seulement pour l'excédent mais pour le tout.

831. — 2° Que la loi Cincia était une *lex imperfecta*, c'est-à-dire qu'elle accordait au donateur le moyen de se soustraire à l'exécution de sa libéra-

1 D. L. 17, *de donat.* (Ulpien).
2 Code Théod. L. 4, *de donat.*, Code Just., L. 35, § 5. *de donat.* (Justinien).
3 Tacit., *Annales*, 11, 5.

Digitized by Google

lité tant que cette exécution n'était pas complète, mais qu'elle ne lui donnait aucun moyen de reprendre la chose donnée lorsque le donataire en avait acquis l'entière propriété [1].

832. — 3° Que la loi Cincia n'atteignait pas toutes les donations ni, surtout, tous les donataires : qu'il y avait des *personæ exceptæ* (les ascendants, les descendants, le conjoint, les parents jusqu'au degré de cousins germains et même le fils ou la fille du cousin germain du donateur [2]).

833. — 4° Que le donateur seul pouvait invoquer le bénéfice de la loi Cincia, et que la donation devenait définitive à sa mort (*morte Cincia removetur*) [3].

834. — **L'insinuation :** Cinq siècles plus tard, — la loi Cincia était tombée en désuétude, — Constance Chlore, César des Gaules, institua, ou plus exactement, rendit obligatoire, car elle s'était déjà introduite dans les habitudes [4], la formalité de l'*insinuation :* les donations d'une certaine importance ne furent valables désormais qu'à la condition d'être transcrites (*insinuatæ*) sur un registre public au greffe des tribunaux [5].

Etaient dispensées d'insinuation les donations inférieures à 200 *solidi*. Justinien n'exigea l'insinuation qu'au-dessus de 500 *solidi* [6].

835. — En cas de défaut d'insinuation, la donation n'était nulle que pour ce qui excédait le taux

1 Ulp. *Reg.* pr. 1 (Texte mutilé).
2 F. V. 298-309 (Paul).
3 F. V. 259 (Papinien).
4 V. en effet, F. V. 266 : on connaît déjà sous Alexandre-Sévère en 229 la *professio apud acta*.
5 C. Théod., L. 1, *de sponsalibus* (Constantin).
6 Instit. *de donat.*, 2.

Digitized by Google

fixé par la loi. En revanche la nullité de la donation était consacrée par une action au profit du donateur. Le système de l'insinuation ne présentait donc pas la même lacune que le système de la loi Cincia[1].

836. — **Révocation des donations entre-vifs** : Les donations entre-vifs sont, en principe, absolument irrévocables : exceptionnellement elles peuvent être révoquées pour inexécution des conditions, survenance d'enfants, ingratitude ; mais il faut remarquer que si, en droit français, ces trois causes de révocation atteignent toutes les donations en droit romain, *les révocations pour survenance d'enfants au donateur*[2], *ou pour cause d'ingratitude* n'atteignent que les donations faites par un patron à son affranchi*[3]. — La révocation pour inexécution des charges a seule une portée générale.

837. — *Donation* SUB MODO : La révocation *pour inexécution des charges* s'applique à la donation que l'on appelle, à Rome, la donation *sub modo*. Le *modus* est une disposition qui oblige le donataire à faire certains actes imposés par le donateur comme condition de sa libéralité ; si le donataire se dérobe à ces obligations, le donateur pourra le contraindre[4], au moyen d'une action personnelle, à lui retransférer la propriété des objets donnés. Quelques jurisconsultes, Marcellus et Ulpien notamment, ont été jusqu'à soutenir que le fait même de

1 Code 34, *de donat.* pr. (Justinien).

2 Code L. 8, *de revoc. donat.* (Constantin et Constance).

*3 Une constitution de Théodose II et Valentinien III, étend la révocation pour cause d'ingratitude aux donations faites par les ascendants aux descendants. Cette cause de révocation a été généralisée par Justinien, C. l. 10, *de revoc. don.*

4 V. 2e partie, n. 422-425.

Digitized by Google

l'inexécution des charges autorisait le donateur à exercer la revendication (moins sans doute en vertu d'un retour de la propriété que parce qu'on suppose que le donateur n'a, en livrant la chose, voulu aliéner la propriété qu'autant que les charges de la donation (le *modus*) seraient exécutées). Cette controverse de l'ordre le plus délicat ne saurait trouver place ici[1].

SECTION II

Donations entre époux.

838. — **Historique des donations entre époux** : Les donations *entre époux*, donations *au cours* du mariage, ont passé par trois phases bien caractérisées : 1° A l'époque de la loi Cincia (550 de R.) et antérieurement à cette loi, elles sont libres, puisque la loi Cincia énumère les conjoints parmi les *personæ exceptæ* qui peuvent se faire des libéralités *ultrà modum*[2].

839. — 2° Postérieurement, nous trouvons les donations entre époux interdites par la coutume « *moribus* », dit Ulpien[3]. On a redouté les élans de passion que l'on regrette après la lune de miel, ou les obsessions d'une tendresse intéressée.

840. — 3° Un sénatus-consulte proposé par Antonin Caracalla (sous le règne de Sévère et de Caracalla), *oratio Antonini*, décida que les libéralités entre époux, *nulles en principe*, se trouveraient *confirmées* tacitement si le donateur mourait *in ma-*

1 Consulter à cet égard Girard, *Manuel*, p. 920, note 5; 925, note 2; 706, notes 1 et 2.
2 F. V. 298 (Paul).
3 D. L. 1, *de donat. inter vir. et uxorem* (Ulpien).

Digitized by Google

trimonio sans avoir manifesté dans son testament la volonté de les révoquer[1]. C'est le contrepied de l'art. 1096 du Code civil qui déclare les donations entre époux *valables sauf révocation* (tandis que le droit romain les déclare *nulles sauf confirmation*).

CHAPITRE II

Dispositions en faveur du mariage.

SECTION I

De la dot.

841. — **De la dot :** Lorsque la femme se marie *cum manu*, son patrimoine tout entier s'absorbe dans celui du mari[2]. Mais, dans le mariage libre, aucune confusion ne s'opère entre le patrimoine des deux époux : la femme conserve l'administration, la jouissance et la disposition de sa fortune. Il est d'usage, dans ce cas, que la femme apporte au mari certains biens pour l'aider à subvenir aux charges du ménage. Les biens ainsi apportés constituent la *dot*. Les autres biens de la femme sont appelés les *paraphernaux*[3].

842. — **Diverses sortes de dots** : La dot peut être fournie soit par la femme elle-même,

1 D. L. 32, *eod tit.*, pr. 1, 2 (Ulpien).
2 Cicéron, *Top.*, 4, 23.
3 La femme en conserve non seulement la disposition mais la jouissance et l'administration.

Digitized by Google

soit par le *paterfamilias* de la femme, soit par un tiers. Cette dot est appelée *profectice*, si elle est fournie par le chef de famille, *adventice* dans tout autre cas[1]; — le nom de dot *receptice* s'applique à la dot dont la restitution, en cas de prédécès de la femme, a été expressément stipulée dans les conditions que nous examinerons plus loin[2].

843. — **Modes de constitution**[*3] : La dot se constitue par voie de translation de propriété (*datio*) — par voie de *promesse*, sous la forme ordinaire de la stipulation (*spondesne? spondeo*). — Par voie de *dictio dotis*, contrat verbal mal connu, dans lequel la promesse n'est pas précédée d'une interrogation :

CHRÉMÈS.

Dos, Pamphile, est Decem talenta.

PAMPH.

Accipio.

(TÉRENCE)[4].

et qui ne peut être employé que par la femme, son *paterfamilias* ou un débiteur de la femme[5].

844. — **Pouvoirs du mari sur les biens dotaux** : Le mari, en droit romain, est *dominus dotis*. Faut-il traduire cette expression par propriétaire? Dans le principe, l'affirmative est incontestable : mais, dès la fin de la République, les pouvoirs du mari sur les biens dotaux comportent des

1 Ulpien, *Reg.*, 6, 3.
2 *Ibid.*, 4 et 5.
* 3 *Dos aut datur, aut dicitur aut promittitur* (Ulpien, *Reg.*, 1).
4 *Andrienne*, act. V, V. 47.
5 Ulpien, *Reg.*, 6, 2.

Digitized by Google

restrictions qui deviendront plus sensibles sous l'Empire.

845. — 1° L'on distingue entre les biens donnés au mari *avec estimation*, et les biens non estimés : les biens estimés deviennent la propriété absolue du mari, qui profite de leur plus-value, supporte les risques de leur perte ou de leur détérioration et doit, à la dissolution du mariage, restituer une somme égale au montant de l'estimation. Quant aux biens non estimés, les risques en sont pour la femme : c'est-à-dire que c'est elle qui bénéficie de leur plus-value, et qui supporte les conséquences de leur perte ou de leur détérioration par cas fortuit. — Enfin le mari ne gagne que les fruits et non les autres produits des biens non estimés (fruits qui lui sont acquis d'ailleurs par la simple séparation, sans que la perception soit exigée). Le titre de *dominus dotis* est évidemment moins compréhensif lorsqu'il définit les pouvoirs du mari sur les biens non estimés[1].

846. — 2° Sous Auguste, les pouvoirs du mari sont profondément modifiés par la loi Julia *de fundo dotali*, aux termes de laquelle le mari ne peut plus aliéner l'immeuble dotal sans le consentement de la femme[2].

847. — 3° Sous Claude, le sénatus-consulte Velléien interdit à la femme l'*intercessio*, c'est-à-dire le fait de s'engager ou d'engager ses biens pour autrui[3] : il en résulte que la femme ne peut con-

1 Il y a même des textes qui vont jusqu'à dire que la dot appartient à la femme : *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est.* D. L. 75, *de jure dotium* (Tryphoninus).

2 Gaius, 2, 63.

3 D. *ad. Sc. Velleianum*, pr. et § 1.

Digitized by Google

sentir à l'hypothèque par le mari du fonds dotal : de là cette seconde restriction des pouvoirs du mari que l'on rattache d'ordinaire, mais à tort, selon les auteurs les plus récents, à la loi Julia : le mari ne peut hypothéquer le fonds dotal même avec le consentement de la femme. (Ce consentement en effet constituerait une *intercessio* prohibée par le Sc. Velléien).

848. — La conséquence de la nullité de l'aliénation du fonds dotal est que ce fonds pourra être revendiqué contre l'aquéreur ou ses ayants droit. Par qui sera-t il revendiqué? Par la femme ou ses représentants? ou par le mari?

Par le mari, qui a seul les actions concernant la dot : mais, à la dissolution du mariage, le mari devra *céder* cette action à la femme ou à ses héritiers. Sous Justinien la cession s'opère *vi legis* et n'a plus besoin d'être demandée au mari (qui d'ailleurs, à l'époque antérieure, ne pouvait la refuser)[1].

849. — **Restitution de la dot** : *prælegatum dotis*. Dans le premier état du droit, le mari n'avait point à restituer la dot; mais, pour se conformer à un usage constant auquel il n'eût pu déroger sans choquer les convenances, il faisait toujours à sa femme le legs de sa dot ou d'un objet équivalent. C'est ce qu'on appelait le *prælegatum* ou *relegatum dotis*, ou le *prælegatum pro dote*[2].

850. — *Cautio rei uxoriæ :* Le *prælegatum dotis* ne remédiait pas à tous les dangers ; il ne prévoyait pas notamment les cas de la dissolution du mariage

1 Conf. Girard, p. 933.
2 Esmein, *Mélanges*, p. 41 et s.

Digitized by Google

par le prédécès de la femme, par un *repudium* ou par un divorce.

Les parties intéressées pourvurent elles-mêmes à leur sécurité en faisant des conventions de restitution au moment même du mariage. La femme ou le tiers qui la dotait, stipulait la restitution de la dot (*cautio rei uxoriæ*)[1].

851. — *Actio rei uxoriæ :* Le progrès des idées, peut-être aussi la progression des divorces, fit que l'on introduisit dans la législation l'obligation pour le mari de rendre la dot, même en l'absence de toute convention de restitution, et que l'on consacra cette obligation par une action : l'action *rei uxoriæ*. A quelle époque cela se passa-t-il? Après la loi Æbutia d'après les uns ; bien antérieurement d'après les autres .....[2].

852. — *Caractères des actions* REI UXORIÆ *et* EX STIPULATU *:* Toujours est-il qu'à la fin de la République, la dot, lorsque le mariage est dissous par le décès d'un des époux ou par un divorce, peut être réclamée soit par l'action *ex stipulatu* qui suppose l'existence d'une convention de restitution, soit par l'action *rei uxoriæ* qui peut être intentée même en l'absence de toute convention.

La première de ces actions est une action de droit strict, la seconde une action de bonne foi[3]. La première appartient aux héritiers de la femme comme à la femme elle-même, la seconde n'appartient qu'à la femme ou à son *paterfamilias* quand la dot est *profectice*. Dans l'action *rei uxoriæ*

1 Aulu-Gelle, 4, 3, 2.

2 Girard, 1er système, p. 931. Dans le 2e sens, Esmein, *Mélanges*, p. 165 et s.

3 Plus exactement une action *in æquum et bonum concepta.*

Digitized by Google

qui est de bonne foi, le mari peut exercer diverses *rétentions : propter res amotas* (à raison des détournements commis par la femme) ; *propter liberos* (rétention à raison des enfants que le mari a à élever et qui est d'une somme déterminée pour chaque tête d'enfant né du mariage) ; *propter mores :* à raison des torts de la femme : on distinguait les *graviores mores* (adultère) et les *leviores mores* (torts de moindre importance)[1].

Le mari tenu de l'action *rei uxoriæ* peut se libérer des dettes de genres en trois termes d'un an chacun (*annua, bima, trima die*)[2] ; enfin le mari poursuivi jouit du *bénéfice de compétence,* c'est-à-dire de l'avantage de n'être condamné qu'à concurrence de ses facultés (*in id quod facere potest*)[3].

Lors au contraire que le mari est poursuivi par l'action *ex stipulatu*, il est obligé de rendre de suite et intégralement la dot qu'il a reçue.

852 *bis.* — *Fusion des deux actions par Justinien :* Justinien a fondu les deux actions en une action unique à laquelle il donne, avec le nom d'action *ex stipulatu*, presque tous les caractères de l'action *rei uxoriæ* (caractère d'action de bonne foi, délais de restitution (un an pour les meubles), bénéfice de compétence) mais qui peut être exercée par la femme ou ses héritiers, quelles que soient les causes de la dissolution du mariage[4].

853. — **Garanties de la restitution de la dot** : La restitution de la dot n'était assurée d'abord que par un *privilegium inter personales*

1 Ulpien : *Reg.*, 6, 9, 17.
2 *Ibid.*, 6, 8.
3 D. *de re judic.*, 20 (Modestin).
4 Code l. unic. *de rei ux. act. in act...* (Justinien).

Digitized by Google

actiones [1]. Justinien conféra à la créance dotale d'abord le bénéfice d'une hypothèque prenant rang à la date du mariage [2], puis, par la fameuse loi *Assiduis* [3], le bénéfice exorbitant d'une hypothèque privilégiée qui passait avant toutes les autres.

SECTION II

Donation *propter nuptias.*

854. — La donation *propter nuptias* est une invention du Bas-Empire : elle porta d'abord le nom de donation *ante nuptias*, car, menacée par la prohibition des donations entre époux, elle ne pouvait avoir lieu qu'avant le mariage. C'est une donation du mari à la femme faite par analogie et comme en compensation de la dot. Les biens qui la composaient étaient, comme le fonds dotal, soustraits aux poursuites des créanciers. A la fin du mariage, ils revenaient à la femme comme une sorte de dot supplémentaire.

Justin permit d'augmenter, et Justinien même de constituer cette donation pendant le mariage. C'est alors qu'elle échangea son nom de donation *ante nuptias*, contre celui de donation *propter nuptias* [4].

1 D. L. 17, § 1, *de reb. auct. jud. pos.*, 17, 1.
2 C. 5, 12, *de rei ux. act.*
3 C. 8, 17, *qui pot. in pignore.*
4 Inst., *de donat.*, 3.

Digitized by Google

TITRE II.

LIBÉRALITÉS A CAUSE DE MORT

CHAPITRE I

Donations à cause de mort.

---

855. — **Définition :** La *donation à cause de mort* est celle qu'une personne fait en prévision de son prédécès. Si ce prédécès ne se produit pas, si c'est le donataire qui meurt le premier, la donation est caduque.

856. — **Variétés** : Souvent la donation à cause de mort n'est pas faite d'une manière générale en vue du prédécès du donateur, mais en vue d'un péril déterminé qui le menace de mort. C'est ainsi que Télémaque, sur le point d'affronter les prétendants à la main de Pénélope fait donation de ses biens à Pirée, à charge par celui-ci de les lui remettre s'il échappe au péril[1].

857. — **Conditions suspensives et résolutoires** : La donation à cause de mort peut se présenter sous deux formes : Elle peut être faite sous condition suspensive : dans ce cas l'acte de libéralité, quel qu'il soit (translation de propriété,

1 Institutes, *de donat.*, 1; D. l. 13, *De mort. caus. donat.* (Julien).

Digitized by Google

extinction ou formation d'obligation), est réputé n'avoir jamais produit d'effet si la condition suspensive du prédécès ne se réalise pas[1].

Mais il peut y avoir aussi des donations à cause de mort faites sous condition résolutoire dans lesquelles la translation de la propriété, l'extinction ou la formation de la créance se produisent au moment même de la donation[2]. Que se passera-t-il, si la donation devient caduque par l'effet de la survie du donateur? Le donataire sera obligé de retransférer la propriété, de faire revivre la créance éteinte ou d'éteindre par une acceptilation la créance née à son profit ; et à tout cela, il sera contraint par une *condictio*.

858. — On s'est demandé si les jurisconsultes classiques n'étaient pas allés plus loin, et si tout au moins quelques-uns d'entre eux n'avaient pas admis le retour de plein droit de la propriété au donataire et l'action en revendication. Cette question est la même que celle qui s'est présentée pour les donations *sub modo* (V. n. 837 *in fine*). Elle sera examinée dans notre deuxième partie.

859. — **Révocabilité des donations à cause de mort :** La différence caractéristique qui existe entre les donations entre-vifs et les donations à cause de mort, c'est que les donations à cause de mort sont *essentiellement révocables*[3].

860. — **Ressemblance avec les legs :** Les donations *m. c.*, à part le dépouillement actuel qu'elles peuvent (parfois mais non toujours) entraî-

1 D. *De m. c. donat.*, 2 (Ulpien).
2 D. *eod. tit.*, 2 (Ulpien) ; 55, 4 (Paul).
3 D. *de m. c. donat.*, 1, 16 (Julien).

Digitized by Google

ner, ressemblent beaucoup aux legs : aussi Justinien déclare-t-il avoir assimilé les legs et les donations à cause de mort *fere per omnia*. Elles sont en effet réductibles en vertu de la loi Falcidie, caduques si les bénéficiaires sont incapables de recevoir en vertu des lois Julia et Papia Poppea : mais elles diffèrent notamment des legs en ce que leur sort n'est pas lié à celui d'un testament[1].

CHAPITRE II

Legs et fidéicommis.

SECTION I

Les codicilles.

861. — Il nous reste à examiner les deux dernières variétés (les plus communes d'ailleurs) des libéralités à cause de mort : les legs, et les fidéicommis particuliers. Ces libéralités peuvent être faites soit par testament, soit par des *codicilles*.

862. — **Les codicilles** : Les codicilles sont des actes de dernière volonté *dépourvus de formes* par lesquels un *de cujus* attribue à ceux qu'il veut

1 C. l. 5 *ad legem Falcid.* (Alexandre-Sévère) ; D. *de m. c. donat.*, 35 pr. — Nous signalons, à titre de simple avis, la grande controverse de cette matière, qui ne saurait trouver place ici : lorsque la donation est faite sous la condition *suspensive* du prédécès du *donateur*, quelle est, lors de ce décès la nature du droit du donataire sur l'objet de la donation, et par quelle action le fera-t-il valoir ? Il existe sur la question de nombreux systèmes de Pellat, M. Glasson, M. Appleton, etc.

Digitized by Google

gratifier soit des legs, soit des fidéicommis. Ces dispositions apparurent au commencement de l'empire, et comme Auguste lui-même exécuta des dispositions dont il avait été chargé par codicille, ces libéralités prirent faveur et passèrent dans les habitudes[1].

863. — *Codicilles confirmés et non confirmés :* On distinguait deux sortes de codicilles : les codicilles *confirmés* et les codicilles non *confirmés*. On appelle codicilles confirmés ceux qui sont validés par un testament postérieur, ou même par une clause insérée dans un testament antérieur et par laquelle le testateur déclare validés par avance tous les codicilles qu'il pourra faire par la suite. Cette clause porte le nom de *clause codicillaire*[2].

864. — Les codicilles confirmés peuvent contenir toute espèce de dispositions : legs ou fidéicommis.

Les codicilles non confirmés sont ceux qui ont été faits par une personne morte intestate : ils ne peuvent contenir que des fidéicommis car la validité des legs exige impérieusement l'existence et la validité d'un testament[3].

SECTION II

Legs.

865. — **Ce qu'est le legs** : Le legs est qualifié par Justinien *donatio quædam a defuncto relicta;* une libéralité laissée par un défunt. Cette libéralité

1 Instit., *de codic.* pr.

2 D. 29, 7, 2, § 2 (Julien); *Ibid.*, 14 (Scévola), *si quos codicillos reliquero valere volo.* D. 40, 5, 56 (Marcellus).

3 Paul, *Sent.*, 4, 1, 10. Gaius, 2, 273.

Digitized by Google

peut avoir pour objet une quote-part de l'hérédité ou un avantage particulier.

866. — **Legs partiaire :** Le legs d'une quote-part de l'hérédité s'appelle *legs partiaire*. Il faut bien se garder de le confondre avec l'institution d'un héritier pour la même quote-part. En droit français, instituer une personne héritière pour une moitié ou un quart de la succession, ou lui léguer la moitié ou le quart de la succession, c'est absolument la même chose : en droit romain la situation de l'héritier pour partie et du légataire partiaire sont séparées par un véritable abîme. L'héritier pour partie est un continuateur de la personne tenu de la part de dettes correspondant à sa part d'émolument; le légataire partiaire, n'est pas un continuateur de la personne et n'est pas tenu vis-à-vis des créanciers de la succession qui n'ont affaire qu'aux héritiers[1].

867. — Mais comme « *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno* », les biens ne s'évaluent que déduction faite des dettes, et l'héritier tenu d'un legs partiaire prenait ses précautions en délivrant le legs : à la cession au moyen de laquelle il opérait la délivrance, il ajoutait une stipulation dans laquelle le légataire partiaire s'engageait à lui rembourser, à concurrence d'une fraction correspondant à la quote-part dont il était gratifié, les sommes qu'il serait obligé de payer aux créanciers de la succession. Ce contrat s'appelait stipulation *partis et pro parte*[2].

1 Exemple dans la *Laudatio funebris Murdiæ*, Girard, *Textes*, p.735. Ulpien, *Reg.*, 2, 15.
2 Ulpien, *Reg.*, 25, 15.

Digitized by Google

868. — **Formes des legs :** Les legs peuvent être faits sous quatre formes : *per vindicationem, per damnationem, sinendi modo* et *per præceptionem*[1].

869. — 1° Le legs *per vindicationem* est ainsi formulé : « *Titio do lego* ». Il entraîne, dès que la succession est acceptée, transmission directe de la propriété au légataire qui a, pour réclamer l'objet de son legs, l'action en revendication : de là le nom de legs *per vindicationem*[2].

870. — 2° La formule du legs *per damnationem* est : « *Heres meus, damnas esto dare* » mon héritier, sois condamné à donner à... » Ce legs fait naître au profit du légataire contre l'héritier un simple droit de créance qui était sanctionné, au temps des actions de la loi, par la *manus injectio*, et qui, depuis la disparition des *legis actiones*, a pour sanction une *actio ex testamento* qui entraîne la condamnation de l'héritier au double en cas de résistance injustifiée (*quæ crescit in duplum adversus infitiantem*[3].

871. — 3° Le legs *sinendi modo* a pour formule : « *Heres meus damnas esto sinere Titium sumere...* » L'héritier par cette formule est condamné à laisser prendre au légataire l'objet légué. Ce legs est générateur d'un droit de créance contre l'héritier comme le précédent[4].

872. — 4° Le legs *per præceptionem*, c'est-à-dire le legs par préciput; ce legs était fait à l'un des héritiers et l'autorisait à *prélever* avant tout par-

1 Ulpien, *Reg.*, 24, 2.
2 Gaius, 2, 193.
3 Gaius, 2, 201.
4 Gaius, 2, 209.

Digitized by Google

tage, l'objet légué. Il y avait eu controverse sur l'action qu'il faisait naître mais les jurisconsultes avaient fini par l'assimiler au legs *per vindicationem* et par donner à l'héritier gratifié la revendication[1].

873. — **Effet des legs** : Par le legs *per vindicationem*, le testateur ne peut disposer que de sa propre chose, car, pour transmettre la propriété, il faut être propriétaire. Sous la forme *per damnationem*, le testateur peut léguer soit un objet lui appartenant, soit un objet appartenant à l'héritier, soit même un objet appartenant à un tiers, que l'héritier est obligé de se procurer pour exécuter le legs; s'il ne peut se le procurer il doit en payer la valeur.

Ce legs est donc beaucoup plus compréhensif que les autres, aussi appelle-t-on le droit qu'il confère « *optimum jus legatorum*[2] ».

Comme l'héritier ne peut « laisser prendre » que ce qui lui appartient ou ce qui appartient à la succession, le legs *sinendi modo* ne peut avoir pour objet la chose d'un tiers[3].

874. — **Sénatus-consulte Néronien** : Il en fut ainsi jusqu'au règne de Néron : à cette époque un sénatus-consulte (le S. C. Néronien) rendit cette vieille division sans portée en déclarant que tous les legs seraient censés faits « *optimo jure* » et que tel legs qui ne pourrait valoir comme legs *per vindicationem* ou *sinendi modo* vaudrait comme legs *per damnationem*[4].

1 Gaius, 2, 216-222.
2 Gaius, 2, 196, 202.
3 Gaius, 2, 210.
4 Gaius, 2, 197; Ulpien, *Reg.*, 24, 11.

Digitized by Google

875. — **Legs de la chose d'autrui :** Dans ces conditions, le legs de la chose d'autrui devenait possible avec toutes les formules : mais les Romains ont admis une distinction : le testateur a-t-il légué la chose d'autrui par erreur, la croyant sienne? Le legs est nul. A-t-il légué sciemment un objet qu'il savait appartenir à autrui? Le legs est valable[1].

SECTION III

Fidéicommis particulier.

876. — Une libéralité testamentaire peut prendre non seulement la forme d'un legs, mais aussi celle d'un fidéicommis particulier. Le fidéicommis particulier diffère du legs : 1° en ce qu'il peut être contenu dans un codicille non confirmé; 2° en ce qu'il peut être mis à la charge d'un légataire, tandis que *a legatario legari non potest;* 3° en ce qu'il est conçu en termes précatifs et non en termes impératifs ; 4° en ce qu'originairement il n'était pas obligatoire (mais cette différence s'est effacée depuis le règne d'Auguste)[2].

877. — **Régime des legs et fidéicommis sous Justinien :** Justinien ne se contenta pas d'unifier tous les legs, ce qui était, après tout, chose déjà faite; il assimila en outre les legs et les fidéicommis, et donna à tout bénéficiaire d'un legs ou d'un fidéicommis trois actions : 1° la revendication quand elle est possible, car la nature du legs ne s'y prête pas toujours ; 2° l'action personnelle contre chacun des héritiers; 3° l'action hypothé-

1 Instit., *de leg.*, 4. Justinien attribue la distinction à Antonin le Pieux.
2 V. *suprà*, 813-814.

Digitized by Google

caire : aux termes de la constitution de Justinien le légataire a une hypothèque générale sur tous les immeubles de la succession; mais son action hypothécaire ne peut être exercée contre chacun des héritiers que jusqu'à concurrence de la part pour laquelle celui-ci est tenu de l'action personnelle[1].

SECTION IV

Restriction de la faculté de léguer. — La loi Falcidie.

878. — **Ancien droit :** La faculté de léguer était, dans le principe, illimitée. Rien n'empêchait le testateur d'épuiser par des legs toute son hérédité. Qu'en résultait-il? c'est que l'héritier répudiait une succession de laquelle il n'avait à espérer aucun émolument[2].

879. — **Lois restrictives :** Trois fois le législateur essaya de porter remède à cet inconvénient : il ne trouva sa voie qu'à la troisième.

1° La loi *Furia testamentaria* (date imprécise mais antérieure à 585 de Rome), défendit de faire des legs de plus de 1.000 as; mauvais moyen : plusieurs legs de 1.000 as pouvaient réduire les droits de l'héritier à néant[3].

2° La loi *Voconia* (585 de R.) défendit de léguer plus que ne prenait l'héritier institué : une foule de petits legs avait encore pour conséquence de rendre le droit de l'héritier à peu près illusoire[4].

Enfin la loi Falcidie, plébiscite de 714 de R.,

1 Code, L. 1, *communia de legat. et fideic.*
2 Gaius, 2, 224.
3 *Ibid.*, 225 ; Ulpien, *Reg.*, tit. prélim., 2.
4 Gaius, 2, 226.

Digitized by Google

interdit aux testateurs de disposer au préjudice de l'héritier de plus des trois quarts de la succession. Nous dirons aujourd'hui qu'elle constitua l'héritier institué *réservataire* d'un quart. Ce quart fut appelé la *quarte Falcidie* ou, par abréviation « la Falcidie[1] ».

880. — **Calcul de la quarte Falcidie** : Pour calculer la quarte Falcidie, on estime d'abord tous les objets composant le patrimoine d'après leur valeur au moment du décès ; en d'autres termes on établit l'actif brut au moment du décès. De cet actif brut, on déduit le montant des dettes et des affranchissements et l'on obtient ainsi l'actif net. L'héritier garde un quart de cet actif net, et distribue les trois autres quarts aux légataires au prorata de leurs legs, faisant subir à chacun d'eux une réduction proportionnelle[2].

881. — **Observation** : Nous avons rencontré déjà, en étudiant les successions : 1° la *quarte légitime* réservée au *suus heres* exhérédé à l'encontre de l'héritier institué ; 2° la *quarte pégasienne* réservée à l'héritier fiduciaire contre le fidéicommissaire. Nous rencontrons maintenant la quarte Falcidie, *la première créée*. Les auteurs romains ont fait du nom de « la *Falcidie* » un terme générique dont ils se servent parfois pour désigner une *réserve* qui peut être la réserve pégasienne, ou même la légitime. Il est bon d'être au courant de cet usage pour ne pas être embarrassé par l'interprétation de certains textes[3].

1 Gaius. 2, 227; D. *ad legem Falc.*, 1, pr. (Paul); Inst., *de lege Falc.*, 2.
2 Inst., *loc. cit.*
3 V. les textes cités, *suprà*, n. 790, note 1.

Digitized by Google

SECTION V

Effets des legs et des fidéicommis.

882. — *Dies cedit et dies venit :* Deux moments sont à considérer dans l'acquisition des legs et des fidéicommis ; celui où le droit s'ouvre (*dies cedit*) et celui où il est acquis définitivement (*dies venit*).

Le terme *dies cedit*, qui n'est pas particulier à la matière des legs, signifie que le droit éventuel au legs est fixé au profit du légataire, que l'échéance *est en marche.* — Le mot *dies venit* veut dire que l'échéance est arrivée, et que le legs est exigible ; *cedere diem significat incipere deberi pecuniam; venire diem significat eum diem venisse cum jam peti possit*[1].

883. — Du *dies cedens :* Le *dies cedens* se produit : 1° pour les legs purs et simples ou à terme, au jour du décès[2].

884. — La loi Papia Poppea avait reculé l'époque du *dies cedit* à l'ouverture du testament (*apertura tabularum*). Justinien revint au droit primitif[3].

885. — 2° Pour les legs conditionnels, à l'accomplissement de la condition[4].

886. — Les effets du *dies cedens* sont :

1° De rendre le droit du légataire transmissible

1 D. 44. 1, *de obl. et act.* (Paul).
2 Ulp. *Rep.*, 24, 31.
3 *Ibid.* Code *de cad. toll.*, 1, 1 (Justinien).
4 *Ibid.*

Digitized by Google

à ses héritiers s'il venait à mourir avant l'adition d'hérédité : *le droit est acquis*[1].

2° Si le légataire est *alieni juris*, de fixer le droit au legs sur la tête de la personne qui exerce la puissance à ce moment. Ainsi le legs fait à un esclave profite à son maître au jour du *dies cedens* — et non à son maître au jour du *dies veniens* ou à lui-même s'il a été affranchi entre le *dies cedens* et le *dies veniens*[2].

3° De déterminer la consistance du legs, si la chose léguée est susceptible d'augmentation ou de diminution, comme un troupeau ou un pécule[3].

887. — Par exception, le *dies cedens* ne se produit qu'à l'adition d'hérédité : 1° lorsque le legs est fait à l'esclave même du testateur : (l'application des règles ordinaires du *dies cedens* tournerait ici contre le légataire, car il ne devient libre et capable de recueillir le legs qu'au moment de l'adition)[4]; 2° en matière de legs d'usufruit, d'usage et d'habitation[5].

888. — **Du *dies veniens* :** Le *dies veniens* a lieu :

1° Pour le legs pur et simple, au jour de l'adition d'hérédité.

2° Pour le legs conditionnel, à la réalisation de la condition *si elle ne se produit que postérieurement à l'adition d'hérédité.*

3° Pour le legs à terme, à l'échéance du terme (si, bien entendu, elle est postérieure à l'adition).

1 Ulpien, *Reg.*, 24, 30.
2 D. *quando dies legat.*, 5, 7 (Ulpien).
3 Inst. *de leg.*, 20.
4 D. *quand. dies leg.*, 7, 6, 8 (Ulpien).
5 F. V. 60 (Ulpien).

Digitized by Google

889. — On voit que le *dies veniens* peut se produire, dans certains cas, *après* l'adition d'hérédité, mais *jamais* avant; ce qui s'explique aisément, puisque, jusque-là, l'existence du testament est en question, et, avec l'existence du testament, l'existence des legs[1].

889 *bis*. — *Caution Mucienne*. Lorsque le legs est fait sous une condition négative potestative de la part du légataire (*si in Capitolium non ascenderit*), condition dont l'accomplissement ne sera certain qu'à sa mort, le legs est livré immédiatement, mais le légataire est tenu de fournir caution de le restituer, s'il contrevient à la condition qui lui est imposée. Cette garantie est appelée *Caution Mucienne* du nom d'un des deux Mucius Scœvola (Quintus ou Publius?) qui l'a imaginée.

890. — **Règle Catonienne** : La règle Catonienne imaginée par Caton le Censeur ou par son fils, se formule ainsi : *quod si testamenti facti tempore decessisset testator inutile foret, id legatum quandocunque decesserit non valere*[2]. Elle ne vise pas des nullités de legs ; non : elle se place en face d'une personne capable, d'un legs en forme, d'un objet licite, et d'une impossibilité matérielle d'exécution du legs, — impossibilité qui n'existera peut-être plus au moment du décès : et cette impossibilité, elle la prolonge, pour ainsi dire, jusqu'au décès.

Je lègue à Primus l'esclave Eros qui lui appartient à lui-même ; certes, si je mourais à l'instant même, ma libéralité ne serait qu'une mauvaise plaisanterie ; mais si Eros, au moment de mon décès, n'appartenait plus au légataire, mon legs deviendrait fort sérieux, et d'une exécution très possible. Sera-t-il donc valable? Non.

La règle catonienne s'y oppose[3] ; pourquoi? Les jurisconsultes romains ne nous l'ont pas dit. N'auraient-ils pas vu,

1 D. *de leg.* 2° 92. pr. (Modestin) ; 45, 1 (Pomponius).
2 D. *de Reg. cat.* (Celsus).
3 Inst. *de legat.* 10.

Digitized by Google

dans une disposition qui n'est pas exécutable et qui ne le deviendra que par suite de faits qui ne peuvent être prévus au moment de la confection du testament, quelque chose de dérisoire[1]?

891. — La règle catonienne ne s'appliquait pas aux legs conditionnels. En effet, si le testateur mourait au moment où il viendrait de disposer, le *dies cedens* ne se produirait pas immédiatement; il serait renvoyé à l'époque de la réalisation de la condition, et, d'ici là, rien ne dit que l'exécution du legs ne sera pas devenue possible.

Ainsi : Je lègue à Primus l'esclave Eros qui lui appartient : cela ne vaut rien. — Je lègue à Primus l'esclave Eros qui lui appartient, *à condition qu'il ne lui appartiendra plus lors de mon décès :* l'expression de cette condition qui aurait bien pu passer pour sous-entendue dans la première rédaction, rendra le legs valable!

N'y a-t-il pas là de quoi justifier la qualification d'arbitraire qui a été appliquée à la règle catonienne[2]?

892. — **Défaillance des legs** : Que deviennent les legs qui, pour une raison quelconque, ne peuvent être recueillis ou ne sont pas acceptés par le légataire? Ils retombent dans la masse héréditaire, et c'est l'héritier qui profite de la défaillance ou de la répudiation.

893. — **Pluralité de gratifiés :** Mais cette règle est mise en échec lorsqu'il y a, pour un même legs, *pluralité de gratifiés*. L'attribution des parts des défaillants, dans les diverses hypothèses qui se rapportent à cet ordre d'idées a été soumise à des législations successives.

1 *An cavillamur*? dit Celse, à la loi 1 D. *de cat. reg.*

2 D'ailleurs les textes ne présentent pas des décisions bien fermes : « Je vous lègue un esclave qui vous appartient au moment de la confection du testament, cela ne vaut rien (Inst. *de leg.*, 10) quand même vous auriez aliéné l'esclave au jour de l'ouverture de la succession ; je vous ai légué un fonds qui vous appartenait ; vous avez aliéné le fonds au moment de l'ouverture de la succession, le legs est bon (D. *loc. cit.*). »

Digitized by Google

894. — **1re Epoque. Droit d'accroissement:** Le droit d'accroissement (*jus adcrescendi*) est le droit qui appartient aux légataires gratifiés par le testateur d'un même objet qu'ils sont obligés de partager par suite de leur concours, de conserver la part de ceux d'entre eux qui viennent à manquer.

895. — Le *jus adcrescendi* ne se produit pas pour les legs générateurs de créance (legs *per damnationem* ou *sinendi modo*), car plusieurs personnes gratifiées conjointement d'un même legs *per damnationem* n'ont jamais droit chacune qu'à leur part (*damnatio partes facit*)[1].

896. — C'est dans le domaine des legs translatifs de propriété que nous rencontrons le droit d'accroissement dont les applications varient, suivant que le legs est fait *conjunctim* (sans attribution de parts), ou *disjunctim* (avec attribution de parts).

897. — *a*) Le legs est fait *conjunctim :* c'est-à-dire qu'il y a attribution du même objet à deux ou plusieurs personnes, soit par une disposition unique : « Je lègue le fonds Cornélien à Primus et à Secundus » (*conjunctio re et verbis*), soit par des dispositions distinctes : « Je lègue à Primus le fonds Cornélien » — « Je lègue à Secundus le fonds Cornélien » (*conjunctio re tantum*) *:* en cas de défaillance d'un des légataires, *chacun d'eux ayant vocation à la totalité*, la part du défaillant sera recueillie par les autres[2].

898. — *b*) Le legs est fait *disjunctim :* c'est-à-dire qu'un même objet est légué à deux ou plusieurs personnes avec attribution de parts, soit par

1 Gaius, 2, 205.
2 Gaius, 2, 199.

Digitized by Google

des dispositions séparées « Je lègue à Primus la *moitié* du fonds Cornélien » — « Je lègue à Secundus l'*autre* moitié du fonds Cornélien », — soit par une disposition unique : « Je lègue à Primus et à Secundus le fonds Cornélien *chacun pour moitié* » (*conjunctio verbis tantum*) : dans cette hypothèse, en cas de défaillance de l'un des gratifiés, il ne se produira point de *jus adcrescendi* au profit de l'autre ou des autres, parce que chacun des gratifiés n'a jamais eu *vocation qu'à sa part*[1].

899. — **2e Epoque** : *Jus caduca vindicandi* : Les lois Julia et Papia Poppea substituèrent à la théorie de l'accroissement celle du *jus caduca vindicandi*. Les parts défaillantes, — et elles deviennent beaucoup plus nombreuses par suite des incapacités créées par les lois nouvelles, — accrurent non plus aux colégataires conjoints, mais aux colégataires *patres conjuncti re et verbis*, *re tantum* et même *conjuncti verbis tantum* (en réalité *disjuncti*, mais rapprochés par l'accolement de leurs noms dans une disposition unique)[2].

900. — **3e Epoque : Rétablissement du droit d'accroissement** : Justinien abrogea les derniers vestiges des lois caducaires et rétablit l'ancien droit d'accroissement, mais, par une disposition inexpliquée, — critiquée dans tous les cas par tous les interprètes, — contestée dans son existence par les auteurs les plus récents, il aurait admis le *jus adcrescendi* non seulement au profit des *con-*

1 Cette doctrine résulte *a contrario* des textes qui fondent le droit à l'accroissement en cas de *conjunctio*.

2 Ulpien, *Reg.*, 17, 1. D. 142, *de verb. signif.* (Paul) ; Gaius, 2, 206. — Les dispositions des lois caducaires n'atteignent pas les ascendants et descendants jusqu'au 3e degré : ils ont le *jus antiquum*.

Digitized by Google

juncti soit *re et verbis*, soit *re tantum*, mais même au profit des *conjuncti verbis tantum*. Il est possible que les textes dans lesquels cette solution est indiquée, textes qui, avant leur remaniement, visaient le *jus caduca vindicandi*, n'aient été insérés au Digeste que par mégarde[1].

1 Code, *lex un. de cad. toll.*

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE

LIVRE I

HISTOIRE DU DROIT ROMAIN

Numéros.

DIVISION..... 1

TITRE I

Première période. — Époque légendaire.

CHAP. I. — La Cité patricienne..... 2-15
CHAP. II. — La Cité patricio-plébéienne.
Section I. — La fin de l'époque royale..... 16-21
Section II. — Les débuts de la République..... 22-33

TITRE II

Deuxième période. — Époque historique republicaine.

CHAP. I. — L'ascension de la plèbe..... 34-51
CHAP. II. — La décadence de la République..... 52-57
CHAP. III. — Sources du droit pendant cette période.... 58-67

TITRE III

Troisième période. — La dyarchie impériale. 68-83

Digitized by Google

TITRE IV

Numéros.
Quatrième période. — La monarchie vraie. 84-92

TITRE V

Cinquième période. — Le Bas-Empire, Justinien. 93-101

LIVRE II

LES PERSONNES

TITRE I

Notions préliminaires..... 102-106

TITRE II

Status libertatis.

CHAP. I. — Hommes libres et esclaves.
Section I. — Condition des esclaves..... 107-115
Section II. — Sources de l'esclavage..... 116-130
Section III. — Quasi-servitude..... 131-139
CHAP II. — Ingénus et affranchis.
Section I. — L'affranchissement..... 140-157
Section II. — Condition des affranchis..... 158-175

TITRE III

Status civitatis.

DIVISION 176
CHAP. I. — Les citoyens..... 177-190
CHAP. II. — Les non-citoyens.
Section I. — Les pérégrins proprement dits..... 191-194
Section II. — Les Latins..... 195-205

Digitized by Google

TITRE IV

Status familiæ.

Numéros.

CHAP. I. — La famille romaine..... 206-218

CHAP. II. — La puissance paternelle..... 219-233

CHAP. III. — Sources de la *patria potestas*..... 234

Section I. — Les *Justæ nuptiæ.*

§ I. Le mariage et la *manus*..... 235-255

§ II. Conditions de fond du mariage..... 256-268

§ III. Effets du mariage..... 269-277

§ IV. Dissolution du mariage..... 278-288

§ V. Seconds mariages..... 289-291

Section II. — L'adoption.

§ I. L'adoption en général..... 292-299

§ II. L'adrogation..... 300-314

§ III. L'adoption proprement dite..... 315-323

Section III. — La légitimation..... 324-329

CHAP. IV. — Dissolution de la puissance paternelle..... 330-340

Appendice aux titres I à III et aux sections I à IV du titre IV. Liv. II. *Capitis deminutiones*..... 341-354

CHAP. V. — Les incapacités de fait.

Section I. — Notions préliminaires..... 355

Section II. — La tutelle.

§ I. La tutelle en général..... 356

§ II. Tutelle des impubères..... 357-392

§ III. Tutelle des femmes..... 393-397

Section III. — Les curatelles.

§ I. De la curatelle en général..... 398-399

§ II. Curatelle des fous..... 400-403

§ III. Curatelle des prodigues..... 404-407

§ IV. Curatelle des mineurs de 25 ans..... 408-423

LIVRE III

LES CHOSES

TITRE I

Division des choses..... 424-438

Digitized by Google

TITRE II

Notions sommaires sur les obligations.

Numéros.
CHAP. I. — Le droit personnel et ses sources..... 439-443
CHAP. II. — Le formalisme..... 444-455

LIVRE IV

LES ACTIONS

TITRE I

Notions générales et historiques. — Les tribunaux..... 456-480

TITRE II

Les systèmes de procédure.

CHAP. I. — Les actions de la loi..... 481-502
CHAP. II. — La procédure formulaire.
Section I. — Idée fondamentale du système..... 503-505
Section II. — Rédaction de la formule..... 506-521
Section III. — Pouvoirs et rôle du juge..... 522-534
Section IV. — Durée des actions et des procédures..... 535-542
Section V. — Classification des actions..... 543-548
Section VI. — Ensemble d'une procédure au temps des formules..... 549-563
CHAP. III. — La procédure extraordinaire..... 564-566

LIVRE V

LA PROPRIÉTÉ

TITRE I

Attributs et évolution de la propriété... 567-570

Digitized by Google

TITRE II

La possession.

Numéros.
CHAP. I. — Eléments, acquisition, perte de la possession. 571-584
CHAP. II. — La protection possessoire..... 585-596

TITRE III

Diverses espèces de domaine..... 597-602

TITRE IV

Sanction du droit de propriété.

CHAP. I. — Généralités. 603
CHAP. II. — La revendication..... 604-619
CHAP. III. — L'action publicienne..... 620-623
CHAP. IV. — Autres actions protectrices de la propriété. 624-626

TITRE V

Modes d'acquisition de la propriété.

DIVISION..... 627-628
CHAP. I. — Modes du droit civil..... 629-663
CHAP. II. — Modes du droit naturel..... 664-672

TITRE VI

Extinction du droit de propriété..... 673-674

TITRE VII

Démembrements civils et prétoriens du droit de propriété.

CHAP. I. — Démembrements civils de la propriété..... 675
Section I. — Servitudes prédiales.
§ I. Caractère et division des servitudes prédiales..... 676-690
§ II. Acquisition des servitudes prédiales..... 691-700
§ III. Extinction des servitudes prédiales..... 701-704

Digitized by Google

Numéros.
Section II. — Servitudes personnelles..... 705
§ I. L'usufruit..... 706-722
§ II. Usage, habitation, usage..... 723-726
Section III. — Actions relatives aux servitudes... 727-734
Chap. I. — Démembrements prétoriens du droit de propriété..... 735-746

LIVRE VI

LES SUCCESSIONS

TITRE I

La succession en général. — L'institution d'héritier. 747-760

TITRE II

Conditions de validité des testaments.

Chap. I. — Forme des testaments..... 761-768
Chap. II. — Conditions de fond de la validité des testaments (*testamenti factio*)..... 769-777
Chap. III. — Infirmation des testaments..... 778-782
Chap. IV. — La liberté de tester et ses restrictions.... 783-790

TITRE III

La succession ab intestat..... 791-798

TITRE IV

Acceptation et répudiation de l'hérédité.. 799-812

TITRE V

Les fidéicommis d'hérédité..... 813-818

TITRE VI

Actions relatives à l'hérédité..... 819-823

Digitized by Google

LIVRE VII

LES LIBÉRALITÉS ENTRE-VIFS ET A CAUSE DE MORT

Numéros.
DIVISION 824-825

TITRE I

Libéralités entre-vifs.

CHAP. I. — Donations entre-vifs.
Section I. — Donations en général..... 826-837
Section II. — Donations entre époux..... 838-840
CHAP. II. — Dispositions en faveur du mariage.
Section I. — De la dot..... 841-853
Section II. — Donation *propter nuptias*..... 854

TITRE II

Libéralités à cause de mort.

CHAP. I. — Donations à cause de mort..... 855-860
CHAP. II. — Legs et fidéicommis.
Section I. — Les codicilles..... 861-864
Section II. — Legs..... 865-875
Section III. — Fidéicommis particuliers..... 876-877
Section IV. — Restrictions de la faculté de léguer; la loi Falcidie..... 878-881
Section V. — Effets des legs et des fidéicommis. 882-900

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

Digitized by Google

Digitized by Google

LA SECONDE ANNÉE

DE

DROIT ROMAIN[1]

(TRAITÉ DES OBLIGATIONS)

LIVRE I

DE L'OBLIGATION EN GÉNÉRAL

(**) TITRE I

LES ORIGINES DE L'OBLIGATION

---

901. — **Notion de l'obligation** : « Quand on étudie, dit M. Cuq, la composition de la maison romaine, on constate la présence de certaines

1 Quelles sont, au juste, à l'heure actuelle, les matières de droit romain qui constituent l'enseignement de la première année ? celles qui sont réservées à la seconde année ? Les programmes sont assez imprécis sur ce point. *Jusqu'à présent*, les professeurs ont continué à étudier spécialement

Digitized by Google

personnes de naissance libre que le chef de famille retient chez lui en prison » [1].

Ces personnes sont des débiteurs qui n'ont pu acquitter leur dette. Au traitement qu'elles subissent, elles empruntent le nom par lequel on les désigne : ce sont des *obligés* (*obligati*, enchaînés, liés) [2].

902. — **Définition de l'obligation** : L'obligation, — le mot est presque métaphorique, — est définie par les jurisconsultes romains « un lien de droit (*vinculum juris*) [3] qui nous astreint à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

C'est ce que nous avons aussi appelé dans notre première partie (n. 439) un *droit de créance* (*jus ad rem*), bien différent du *droit réel* étudié dans la même partie du cours.

L'obligation ne se rencontre guère dans le très ancien droit romain : les Romains des premiers âges, comme tous les peuples primitifs, ne connurent que les actes *au comptant*, qui ne laissent point subsister ultérieurement de rapport contractuel entre les parties.

903. — **Obligation délictuelle** : Les pre-

en seconde année le traité des obligations, ce qui est assez rationnel puisque la même année est consacrée à l'enseignement de la matière des obligations en droit civil français. Après mûre réflexion, nous avons laissé subsister dans notre livre la division de l'ancien programme : 1° en adoptant un numérotage unique des paragraphes, 2° en faisant suivre les deux parties d'une table alphabétique commune, 3° en marquant de deux astérisques (* *) les notions sur les obligations qui ont le plus de chances d'être traitées en première année; 4° en imprimant en petits caractères, tant dans la première que dans la seconde partie les développements qui sont rarement demandés aux candidats de première et de seconde année, mais qui doivent être au contraire approfondis avec soin par les aspirants au doctorat.

1 Cuq, *Institutions*, t. 1, p. 331.

2 Cuq, *Institutions*, p. 331.

3 Institutes, *De obligat.* pr., D. L. 3, *de obl. et act.* pr. (Paul).

Digitized by Google

mières actions que nous voyons survenir à la suite d'un contrat ne naissent pas du contrat lui-même. Ce sont des actions pénales qui ont pour but la punition et la réparation d'un délit comme l'action *auctoritatis* et l'action *de modo agri* [1].

On n'est, en général, le débiteur de quelqu'un (nous parlons toujours de l'âge d'enfance des peuples) qu'à raison d'une obligation délictuelle, d'un préjudice causé par un acte plus ou moins illicite. Le premier fait générateur de l'état d'obligé dut être la vengeance privée, — ou plus exactement une transformation de la vengeance privée.

Dans les sociétés primitives, l'homme se venge lui-même, — sans limites ; le talion est déjà un progrès! — Puis vient la rançon qui constitue une troisième étape; — un nouveau progrès consiste dans l'intervention de la loi qui établit une proportion entre la valeur du préjudice et celle de la peine à infliger au coupable. On oblige le délinquant à payer deux, trois, quatre fois la valeur de la chose [2].

Le *délinquant* passe à l'état d'*obligé* au moment où il est condamné par un jugement qui constate sa culpabilité, mais il peut aussi devancer ce jugement en faisant une convention avec l'offenseur, l'obligation délictuelle dégénère alors en une sorte d'obligation contractuelle [3].

904. — **Le crédit** : Voilà la société primitive : cependant le développement des rapports sociaux ne tarde pas à faire naître le *crédit* (*creditum*, confiance) : on cesse de traiter toutes les affaires au comptant : on voit naître et se développer le système des obligations contractuelles. La société romaine a passé par là comme toutes les autres [4].

Tous les romanistes contemporains sont d'accord sur l'existence de cette évolution, mais ils diffèrent sur son point de départ et sa durée.

905. — **Système de M. Cuq** : D'après M. Cuq, pendant bien longtemps les Romains (en dehors du contrat de *nexum*) ne fondent pas un droit de créance proprement dit,

1 Girard, *Manuel*, p. 542. — Girard, *Nouvelle Revue historique*, 1882, p. 208.
2 Cuq, *Institutions*, p. 335.
3 Conf. Girard, *Manuel*, p. 385.
4 Conf. Cuq, *Institutions*, p. 385-388.

Digitized by Google

c'est-à-dire un *droit sanctionné par une action*, sur les engagements nés du crédit fait par une partie à une autre. Les dettes nées de ces rapports nouveaux constituaient ce que les Romains appellent des engagements *fiduciaires* (de *fiducia* : autre nom de la confiance), ce que nous appellerions aujourd'hui des « dettes d'honneur ». Celui qui ne se libère pas d'un engagement fiduciaire est un homme indélicat, mais il ne peut être poursuivi en justice.

Tout ce qui peut lui arriver, c'est d'encourir une peine morale, d'être noté d'infamie par le censeur, de voir son *nom* officiellement déconsidéré. C'est ce qu'exprime le mot même de *nomen* dont se servent les Romains pour désigner un droit de créance. Qui s'oblige, donne pour ainsi dire, en gage son nom [1].

906. — L'usage s'introduisit par la suite de porter la réclamation d'une dette fiduciaire devant un arbitre : on faisait au besoin nommer cet arbitre par le magistrat : la formule de la *legis actio* appelée *judicis postulatio* suppose que l'on sollicite du magistrat la nomination d'un juge *ou d'un arbitre*. La condamnation par l'arbitre désigné n'entraînait point l'obligation d'exécuter la sentence, mais rendait plus certaine et plus complète la flétrissure du débiteur indélicat [2].

907. — Les obligations fiduciaires auraient été transformées (toujours d'après M. Cuq) par l'introduction, dans la législation et les habitudes, de la stipulation. C'est à cette introduction de la stipulation que M. Cuq rattache la création de la *legis actio per condictionem* [3].

En ce point la doctrine du savant professeur est en contradiction avec le commentaire de Gaius, d'après lequel la *condictio* fut appelée à sanctionner, — Gaius se demande pourquoi, — des obligations dont l'exécution était déjà poursuivie non pas seulement par la *judicis postulatio*, — ce qui s'accorderait assez bien avec la conjecture de M. Cuq, — mais par le *sacramentum* [4].

Les anciennes dettes fiduciaires, ainsi renforcées par une stipulation, deviennent des dettes civiles.

1 Cuq, *Institutions*, p. 694.

2 *Ibid.*, p. 645. D'après M. Cuq la décision de l'arbitre n'avait qu'une valeur morale, à moins que les parties n'eussent stipulé réciproquement une certaine somme à titre de peine en cas de contravention. — Conf. le même, p. 664.

3 Cuq, *Institut.*, p. 667.

4 Gaius, 4-20.

Digitized by Google

908. — Un nouveau progrès fut accompli : le droit civil et le droit prétorien, chacun de leur côté, munirent dans certains cas, la convention des parties, le *nudum pactum*, d'une action..., cette évolution constitue ce que l'on a appelé la décadence du formalisme[1].

909. — **Système de M. Girard** : D'après M. Girard, la création simultanée de la stipulation et de la *legis actio per condictionem* ne s'imposerait point : des obligations civiles de droit strict ont été, antérieurement à la loi Silia, sanctionnées par le *sacramentum in personam*.

Ces obligations pouvaient naître soit de la stipulation déjà existante[2], soit du *mutuum*. Le *mutuum* n'aurait pas été sanctionné tout d'abord à titre de contrat spécial, mais englobé dans un système général qui comprenait toutes les obligations de restituer les choses dont la conservation aurait constitué, au profit du détenteur, un enrichissement injuste. Ce système aurait laissé des traces dans la loi Acilia *repetundarum* (ligne 23), où nous voyons que, dès l'époque de la loi Calpurnia (605 de R.), la restitution de la *pecunia capta* (enrichissement résultant de concussions) se poursuivait par le *sacramentum*[3].

910. — De l'aveu de tout le monde, cette question de la sanction des contrats autres que les contrats formels est un des plus obscurs problèmes de l'histoire du droit romain.

Ce que nous sommes portés à croire, c'est que la stipulation remonte très loin, — qu'il est très possible qu'elle soit de beaucoup antérieure à la loi Silia, — qu'en ce cas elle était sanctionnée par le *sacramentum in personam*, et qu'on la faisait servir à pourvoir d'une sanction civile tous les contrats, sans même en excepter le *mutuum*. Cela nous paraît résulter notamment de tous les *instrumenta* constatant un *mutuum* qui nous sont connus, et dans lesquels on mentionne non pas seulement la numération des espèces, mais aussi une stipulation de restitution, qui, n'étant plus nécessaire, a néanmoins survécu dans les usages de la pratique[4].

1 Conf. Girard, *Manuel*, p. 422-425.

2 M. Girard paraît croire néanmoins que la stipulation est de création postérieure aux XII Tables. — Girard, *Manuel*, p. 473.

3 Girard, *Manuel*, p. 495 et Girard, *Textes*, p. 33.

4 *Obligamur aut re aut verbis*, AUT SIMUL UTROQUE. Dig. 52. *De obl. et act.* (Modestin). Conf. M. Gérardin à son cours de Pandectes.

Digitized by Google

(**) TITRE II

LES SOURCES DES OBLIGATIONS

---

911. — Résumant les notions acquises, nous pouvons dire maintenant :

1° Que l'obligation est la nécessité juridique imposée à un individu d'accomplir un acte déterminé ou de s'abstenir d'un acte déterminé.

2° Qu'elle a pour objet soit une *datio* (translation de propriété), soit un fait (*facere*), soit une abstention (*non facere*) : — on dit souvent qu'elle consiste à donner, à faire ou à ne pas faire.

3° Que les sources des obligations sont les contrats et les délits.

912. — *Variæ causarum figuræ :* Les jurisconsultes romains n'ont pas borné là leur division des obligations : ils ont constaté que les circonstances variées dans lesquelles les obligations prenaient naissance (*variæ causarum figuræ*) présentaient certains aspects qui rendaient assez malaisé le classement de beaucoup de rapports obligatoires dans l'une ou l'autre des grandes catégories : telle obligation résulte d'un fait préjudiciable qui n'est pas un délit puisque la loi n'y a attaché aucune peine ; telle autre procède d'un fait, qui non seulement, n'a rien d'illicite, mais n'a rien de préjudiciable, qui constitue au besoin un acte de bienveillance, ou l'accomplissement d'un devoir social.

Digitized by Google

Dans ce dernier ordre d'idées : je suis absent ou empêché : mon voisin ou mon ami pourvoit au soin de mes affaires (*negotiorum gestio*); — une personne impubère perd son chef de famille, je suis appelé à exercer la tutelle : voilà autant de situations dans lesquelles des rapports juridiques s'établissent entre des individus qui ne sont pas liés par un contrat.

913. — Pour exprimer ces rapports de droit difficiles à classer parmi les obligations délictuelles ou parmi les obligations contractuelles, Gaius et Justinien ont dit que l'obligation naissait en ce cas, *quasi ex delicto* ou *maleficio* ou *quasi ex contractu*[1].

Et de ces deux manières de dire nous avons tiré deux substantifs employés dans la langue juridique contemporaine, mais qui n'ont point d'équivalent en latin : les *quasi-délits* et les *quasi-contrats*.

Aussi dit-on quelquefois, en faisant parler aux jurisconsultes romains une langue qui n'est point la leur, que les obligations procèdent de quatre sources : les délits, les contrats, les quasi-délits, les quasi-contrats.

Gaius englobe sous une dénomination unique ces prétendus quasi-délits et quasi-contrats : « *Variæ causarum figuræ*[2] ».

914. — Réservant l'étude de ces obligations qui naissent « *proprio quodam jure* »[3], nous nous attacherons à la seule divison qui ait une importance

1 Institutes, *De oblig.* 2.
2 Dig., *De obl. et act.*, L. I, pr. (Gaius).
3 Gaius, *loc. cit.*

Digitized by Google

pratique : la division des obligations en obligations délictuelles et obligations contractuelles.

915. — *Parallèle entre les obligations délictuelles et les obligations contractuelles :*

1° Les obligations contractuelles sont passivement transmissibles aux héritiers de l'obligé [1] : les obligations délictuelles, dégradation du droit de vengeance, ne passent pas aux héritiers du délinquant. On ne se venge que de celui qui a commis l'offense [2].

2° La *capitis deminutio*, qui fait disparaître la personnalité civile, éteint les dettes contractuelles, attributs de cette personnalité. Les dettes délictuelles ne disparaissent pas à la suite de la *capitis deminutio* : la vengeance n'a pas à tenir compte de la personnalité civile [3].

3° Tandis que celui-là seul, en principe, peut s'obliger contractuellement qui a la capacité de droit et de fait, la personne obligée délictuellement peut être indifféremment, non seulement une personne *sui juris*, ou une personne *in patria potestate*, mais même un esclave; ce peut être une personne incapable de s'obliger par contrat, comme un impubère *pubertati proximus* (*doli capax*), un prodigue, ou une personne du sexe féminin [4].

4° L'obligation délictuelle, au moins en général, s'éteint par un simple pacte (c'est-à-dire par le pardon); il en a été ainsi depuis la plus haute antiquité : « *Si membrum rupsit, NI CUM EO PACIT, talio esto* [5] » : ... Les obligations contractuelles, dans le très ancien droit romain, ne s'éteignaient que par des procédés analogues à ceux qui les avaient fait naître (*contrario jure*) [6].

5° L'action qui naît d'une obligation délictuelle s'éteint par un bref laps de temps : celui qui diffère trop longtemps sa vengeance est réputé pardonner [7].

6° Au cas de pluralité d'auteurs du délit, les amendes se cumulent : le droit de vengeance existait au profit de la vic-

1 *XII Tab.* 5, 9, Girard (*Textes*), p. 13.
2 Gaius 4, 112.
3 D. *de cap. min.*, 2, 3 (Ulpien).
4 D *de dol. mal. exc.*, 4, 26 (Ulpien).
5 *XII Tables.* Table VIII, Girard (*Textes*), p. 16.
6 Dig. ff. 100, *de div reg. juris ant.* (Gaius).
7 Gaius, 4, 410, Dig. *de obl. et act.* 35 (Paul).

Digitized by Google

time contre chacun des délinquants : chaque délinquant en doit la rançon [1]. — L'obligation contractuelle, n'admet qu'un seul paiement, quel que soit le nombre des obligés [2].

7° Enfin, l'obligation délictuelle admet seule la libération par l'abandon noxal (V. *infrà*, n. 1511 et s.).

1 Dig. *de reg. jur.*, 130 (Ulpien).
2 D. ff. 3, 1, *de duob. reis* (Ulpien); ff. 13, 12, *de acceptil.* (Ulpien), etc. — *Aide*, D. 34, *de injur. et fam. lib.* (Gaius).

Digitized by Google

LIVRE II

FORMATION DES OBLIGATIONS

TITRE I

LES DÉLITS

CHAPITRE I

Division des délits.

---

916. — **Définition.** On définit le délit : « un fait illicite, préjudiciable à autrui et prévu par la loi, qui oblige son auteur : 1° à réparer le dommage causé au moyen d'une indemnité ; 2° à payer une *pœna* ».

917. — **La pœna :** Le mot *pœna*, comme le mot grec ποινη, signifie *rançon*[1] : et ce n'est que par un détournement de son sens primitif qu'il est devenu synonyme de châtiment : cette altération

1 Ποινη, ἄποινον (même sens) :

Ζώγρει, Ἀτρεος υἱε, συδ ἄξια δέξαι ἄποινα

(Iliade, ch. XI, V. 131).

Digitized by Google

du sens originaire est presque métaphorique, car nous nous servons certainement d'une métaphore lorsque nous disons d'un coupable qui vient de périr sur l'échafaud « qu'il a payé sa dette à la société ».

918. — **Délits publics et délits privés :** Les sociétés primitives ne sont caractérisées ni par l'altruisme, — ni par le souci de l'intérêt général qui n'est que la résultante d'un peu d'altruisme et de beaucoup d'égoïsme intelligent. — Dans l'enfance des sociétés, chaque offensé se fait justice à lui-même : il se venge et la collectivité n'en a cure.

Plus tard, on se rend compte que certaines infractions font courir un péril à l'ordre social, et l'on en attribue la répression à la collectivité elle-même : de là la distinction des infractions en *délits publics* et *délits privés*.

919. — La répression des délits publics appartient à la collectivité. Dans nos sociétés contemporaines, elle est généralement poursuivie par des fonctionnaires spéciaux (les agents ou représentants du *ministère public*) : à Rome la poursuite d'un délit public appartenait à chaque citoyen individuellement : c'est ainsi qu'Hortensius et Cicéron se disputèrent l'honneur d'accuser le concussionnaire Verrès. — On appelait *judicium publicum* cette poursuite qui pouvait être exercée par le premier venu.

920. — Lorsqu'une infraction était considérée comme ne lésant qu'un intérêt particulier, la répression n'en pouvait être poursuivie que par la partie lésée : la répression consistait dans une

Digitized by Google

amende dont le bénéfice était attribué à la partie poursuivante. — On disait alors qu'il y avait *delictum privatum* et *judicium privatum*[1].

921. — **Actions populaires.** Les *delicta publica* étaient, en général, des faits graves. Cependant on considéra, à Rome, que certaines infractions de minime importance faisaient grief à l'intérêt public, et l'on institua, pour en assurer la répression, des *actions populaires* qui sont des *judicia publica* au petit pied [2].

922. — **Délits privés.** Originairement il n'y eut que des délits privés dont la punition, consistant en une amende, n'était pas autre chose que la rançon du droit de vengeance privée. La notion du délit public se fit jour par la suite et détermina le classement dont nous venons de donner les bases.

Signalons cependant un phénomène inverse qui se produisit dans le droit romain parvenu à sa maturité : le déclassement de certains délits publics, dans lesquels on cessa de voir une menace à la collectivité, et que l'on abandonna à la poursuite de la partie lésée alors que, précédemment, ils avaient été frappés de peines publiques. — Ce phénomène s'est produit notamment pour le *furtum* (V. nos 929 et 930).

923. — **Division et énumération des délits privés :** Les délits privés, suivant la législation par laquelle ils ont été, dans le principe, prévus et réprimés, se divisent en délits *civils*, et délits *prétoriens*.

1 D. 48, 1, *de publ. jud.* et D. 47. 1, *de priv. del.*
2 D. 47, 23, *de popul. act.* — Conf. Inscription de Lucérie, Girard (*Textes*), p. 22.

Digitized by Google

924. — Les principaux délits civils sont : 1° le *furtum*, 2° la *rapina*, 3° le *damnum injuria datum*, 4° l'*injuria*.

925. — Les principaux délits prétoriens : 1° le *dolus*, 2° la *metus*, 3° la *fraus creditorum*.

926. — Ces énumérations ne sont point limitatives; il y a eu beaucoup d'autres délits réprimés par des actions civiles (*actio rationibus distrahendis, actio de modo agri* p. ex.) et beaucoup aussi réprimés par des actions prétoriennes [1]. Mais les actions pénales, tant civiles que prétoriennes, n'ont pas toutes conservé leur caractère originaire et se sont transformées souvent en simples demandes d'indemnité du préjudice causé (actions *rei persecutoriæ*).

CHAPITRE II

Les délits civils.

SECTION I

Le *furtum*.

927. — **Caractères** : Le *furtum* est défini, en droit romain, *contrectatio alienæ rei fraudulosa invito domino*, le maniement frauduleux de la chose d'autrui sans le consentement du propriétaire. Cette définition, très large, englobe non seulement le vol, mais ce que nous appelons l'escroquerie, l'abus de confiance. Il peut y avoir *furtum*

1 Voir *Edit* dans Girard (*Textes*), p. 117 à 142.

Digitized by Google

non seulement d'une chose, mais même de l'usage (*furtum usus*) ou de la possession (*furtum possessionis*) d'une chose.

Le débiteur qui soustrait la chose qu'il a donnée en gage à son créancier (chose qui lui appartient) commet un *furtum possessionis;* le dépositaire qui se sert de la chose à lui confiée, un *furtum usus*[1].

928. — Le maniement frauduleux de la chose d'autrui doit avoir lieu *invito domino* : sans cela il n'y a point *furtum.* — Titius pousse mon esclave à me voler : l'esclave m'avertit : moi, pour prendre Titius en délit, je permets à mon esclave de lui porter quelques objets qui m'appartiennent. Titius sera-t-il tenu de l'action de vol (*actio furti*) ou de l'action de corruption d'esclave (*actio servi corrupti*)? Ni de l'une ni de l'autre, répond Gaius; ma chose n'a pas été maniée *malgré moi*, et mon esclave qui m'a tout révélé, ne s'est pas laissé corrompre. Justinien décide au contraire que Titius sera tenu de l'*actio furti* et de l'*actio servi corrupti.* Cette décision est évidemment très équitable, mais elle n'est nullement conforme aux principes[2].

929. — **Pénalités anciennes contre le *furtum* :** La loi des XII Tables permettait au volé de tuer le voleur pris de nuit en flagrant délit, ou qui, de jour, usait d'une arme (*telum*), pour se défendre[3].

Dans tout autre cas le voleur manifeste était battu de verges et *addictus* à la victime du vol ; si le voleur était un esclave, il était battu de verges et précipité du haut de la roche Tarpéienne. Les impubères toutefois n'étaient pas fouettés : on se

1 Gaius, 3, 198; *Instit.* de Justinien *de obl. quæ ex delicto nasc.*, § 1; Paul, *Sent.*, 2, 31.
2 Gaius, *loc. cit.*; *Inst.* de Justinien, *loc. cit.*, § 8.
3 Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 11, 18.

Digitized by Google

contentait de donner au volé la réparation du dommage[1].

930. — **Réformes du préteur :** Le préteur substitua à ces peines l'amende dont il va être parlé[2]. Il ne créa pas la répression du *furtum*, il se contenta d'adoucir la pénalité. C'est se qui explique pourquoi l'action *furti* qu'il créa, au lieu d'être annale, comme le sont en général les actions prétoriennes est restée perpétuelle. — Civile dans son principe, elle n'a de prétorien que ses conséquences.

931. — **Actions qui naissent du *furtum* :** Le *furtum* fait naître deux actions : l'*actio furti* purement pénale, tendant à faire condamner le voleur à une amende au profit de la victime du vol, et une action réipersécutoire tendant à obtenir l'indemnité du préjudice causé[3].

932. — *Action* FURTI : L'action *furti* entraîne contre le voleur une condamnation tantôt au *quadruple*, tantôt au *double* du préjudice causé. Il y a condamnation au quadruple dans le cas de *furtum manifestum*, c'est-à-dire dans le cas où le voleur est surpris en flagrant délit, ou, tout au moins, encore nanti de l'objet volé et avant qu'il ne l'ait porté là où il voulait le cacher. Il y a *furtum nec manifestum* et condamnation au double dans tout autre cas[4].

933. — Au vol manifeste on assimile le vol

1 Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 11, 18.
2 Gaius, 3, 180.
3 Dig., *de cond. furt.* ff. 7, 1 (Ulpien).
4 Gaius, 3, 183, 184.

Digitized by Google

lance licioque conceptum : c'est-à-dire le cas où l'objet est trouvé chez le voleur au cours d'une perquisition accomplie par le volé avec un rituel bizarre. Le volé entre chez le voleur tout nu, vêtu seulement d'un caleçon (*licius*) et tenant à la main un plateau (*lanx*)[1].

934. — Si le *furtum* est *conceptum* sans perquisition solennelle, la peine est du triple. Si l'objet volé est trouvé chez un tiers, ce tiers est bien condamné au triple, mais il a, lui-même, s'il a reçu la chose de bonne foi, un recours contre le voleur (l'action *furti oblati*) pour se faire restituer le *triplum* qu'il a été obligé de payer[2].

935. — *Actions réipersécutoires;* CONDICTIO FURTIVA. — L'action réipersécutoire dont le voleur est tenu, en même temps que l'*actio furti* sera la revendication si le voleur possède encore la chose volée, ou s'il a cessé de la posséder par dol. Il serait tenu aussi de l'action *ad exhibendum* dont nous avons expliqué le rôle dans notre cours de première année (V. 1re partie, n. 626)[3].

936. — Il peut se faire que la revendication échappe au propriétaire : cela arrivera dans le cas où l'objet volé aura péri : *extinctæ res vindicari non possunt.*

Les jurisconsultes romains ont imaginé de donner, en pareil cas, au propriétaire de la chose, à la place de l'action en revendication qu'il ne peut pas exercer, une action personnelle : la *condictio furtiva*[4].

1 *Ibid.*, 3, 192, 193. Conf. Esmein, *Mélanges*, p. 233.
2 Gaius, *loc. cit.*
3 Dig., *de cond. furt.*, ff. 7, 1.
4 Dig., *de cond. furt.*, ff. 3, 8.

Digitized by Google

Juridiquement, la concession au propriétaire de la *condictio furtiva* ne peut pas se soutenir : en effet, la *condictio* tend à obliger le défendeur à transférer au demandeur la propriété d'une chose : « *Si paret dare oportere* », dit la formule. Or le propriétaire ne peut pas demander raisonnablement que le voleur *lui transfère une propriété qu'il n'a pas perdue.*

Les jurisconsultes romains ne se sont pas fait illusion sur l'anomalie constituée par la concession au propriétaire de l'objet volé de la *condictio furtiva ;* ils ont avoué franchement l'hérésie commise et reconnaissent que cette hérésie juridique n'a été admise par eux qu'en haine des voleurs, *odio furum*[1].

937. — Il n'est pas sans intérêt de remarquer que la *condictio furtiva* et l'action *furti* n'appartiennent pas toujours à la même personne. Tout individu qui souffre d'un vol peut intenter l'action *furti*, mais la *condictio furtiva* n'est donnée qu'au propriétaire de la chose volée. Les Institutes de Justinien précisent cette théorie par un exemple très frappant. Des vêtements sont volés chez un foulon à qui on les a confiés pour les nettoyer. Seul, le propriétaire des vêtements pourra intenter la *condictio furtiva ;* mais le foulon qui est obligé de payer à son client la valeur des effets qu'il s'est laissé dérober, et qui est, par conséquent, la véritable victime du vol, aura l'*actio furti*[2].

SECTION II

La *rapina.*

938. — **Caractère et répression de la *rapina* :** La *rapina* (le vol avec violence) est ré-

1 *Instit.* de Justinien, *de act.* 14. D'après M. Jobbé-Duval (à son cours) la *condictio furtiva* n'aurait été d'abord introduite qu'à l'effet de répéter les fruits de la chose volée que le voleur aurait perçus, ou qu'il aurait dû percevoir.

2 *Instit.* de Justinien, *De obl. quæ ex delicto nascuntur*, 13, 17.

Digitized by Google

primé par une action d'origine prétorienne, l'action *vi bonorum raptorum*, qui a fini par prendre place dans le droit civil. Cette action, infamante comme l'*actio furti* fut introduite en 678 dans l'édit du préteur pérégrin M. Terentius Lucullus[1].

939. — Elle est donnée au quadruple ; sous Justinien, elle est devenue une action *mixte*, c'est-à-dire qu'elle comprend à la fois la réparation du préjudice et la poursuite de l'amende qui se trouve par conséquent n'être que du triple (*pœna autem tripli est*)[2] : mais elle était dans le principe purement pénale, et avait conservé ce caractère à l'époque classique : elle se cumulait donc avec les actions réipersécutoires attribuées à la partie lésée[3].

SECTION III

Le *damnum injuria datum*.

940. — **La loi** *Aquilia* : La loi *Aquilia* est un plébiscite de date ignorée qui punit le *damnum injuria datum*, le dommage causé à autrui par un fait contraire au droit (*in* privat. *jus* droit)[4]. Il n'est pas nécessaire d'ailleurs que ce fait implique une intention de nuire : il suffit qu'il y ait faute (faute *in committendo* et non simple négligence) de la part de l'auteur du préjudice. Et cette faute est imputable même lorsqu'elle est très légère : « *In lege Aquilia culpa et levissima venit*[5] ».

1 Cicéron, *pro Tullio*, 4, 8. Dig. *Vi bon. rapt.*, ff. 2 (Ulpien).
2 *Instit.* de Justinien. *De bonis et raptis*, pr.
3 Gaius, 4, 8. La question était déjà controversée au temps de Gaius.
4 Dig. *ad leg. aq.*, L. 1, 1.
5 Dig. *eod. tit.*, L. 44 (Ulpien).

Digitized by Google

941. — Les trois chefs de la loi Aquilia. 1er *Chef de la loi :* La loi Aquilia comprend trois chefs : 1° Le premier vise le cas où une personne tue un esclave ou un quadrupède du nombre de ceux qui vont en troupeaux (*quæ pecudum numero sunt*) : la peine portée est une amende égale à la plus haute valeur que l'esclave ou le quadrupède ait atteint dans l'année qui a précédé le délit [1].

942. — 2° *Chef de la loi.* — L'*ADSTIPULATOR :* 2° « Le second chef, nous disent les *Institutès*, n'est plus en usage [2] ». Ce chef, tombé en désuétude au temps de Justinien, nous a été révélé par les *Institutes* de Gaius : il s'appliquait à l'*adstipulator* qui, en fraude des droits du créancier principal, libérait le débiteur par une acceptilation. Gaius semble s'étonner de l'existence d'une garantie qui n'était pas nécessaire puisque l'action *mandati* suffisait à protéger le créancier principal. Gaius n'a pas remarqué, — ou il ignore, — qu'à l'époque où fut votée la loi Aquilia, les actions de mandat n'existaient pas encore. L'avantage de l'action *legis aquiliæ* c'est, dit Gaius, qu'elle est donnée au double *adversus infitiantem.* L'action de la loi Aquilia avait originairement un mérite bien plus grand que sa supériorité pratique sur l'action de mandat : c'est qu'elle était la seule sanction de la fraude de l'*adstipulator* [3].

943. — On peut se demander pourquoi la loi Aquilia punit l'*adstipulator* qui a libéré frauduleusement le débiteur par une acceptilation, et ne s'occupe pas de l'*adstipulator* qui a détourné le paiement reçu. C'est peut-être que le détournement

1 *Instit.* de Justinien. *De leg. aq.* pr.
2 *Instit. de leg. aq.*, 12.
3 Gaius, 3, 215, 216. Conf. n. 1536, *infrà.*

Digitized by Google

du paiement constituait un *furtum* et était réprimé par les actions de vol ; — peut-être aussi que le paiement non accompagné de l'acceptilation, ne libérait pas le débiteur, et le laissait exposé aux poursuites du créancier principal [1].

944. — *Troisième chef de la loi* : Le troisième chef de la loi Aquilia avait une portée générale ; et il est visible qu'on avait voulu y englober à peu près tous les dommages non visés par le premier, en punissant la *blessure* faite à un esclave ou à un animal quelconque, et la dégradation d'un objet appartenant à autrui. L'amende était égale à la plus haute valeur atteinte par l'objet dans *le mois* (et non pendant l'année comme dans le premier chef) avant le délit [2].

945. — **Lacunes de la loi :** Mais comme la loi Aquilia ne punissait que le *damnum corpore corpori datum*, comme, d'autre part, elle n'était donnée qu'au propriétaire de la chose et aux citoyens romains, on s'aperçut bientôt qu'elle laissait bien des actes nuisibles en dehors de ses atteintes [3].

946. — *Actio utilis legis Aquiliæ :* La jurisprudence d'une part, d'autre part, les préteurs, après que la loi Æbutia eut étendu leurs pouvoirs, pourvurent à ces lacunes : 1° En donnant une action *utile* à des intéressés autres que le propriétaire de la chose, tels que le créancier gagiste, l'usufruitier, l'usager, en étendant, par le même procédé, le

1 Girard, *Manuel*, p. 404, n. 2.

2 Gaius, 3, 217. — Il faut pour qu'il y ait application du troisième chef de la loi Aquilia qu'il y ait non seulement *injuria*, mais préjudice causé : — ainsi celui qui déchire un *chirographum* constatant une obligation sous condition suspensive, ne tombe pas sous le coup de la loi Aquilia si la condition vient à défaillir (M. Jobbé-Duval à son cours).

3 Gaius, 3, 219.

Digitized by Google

bénéfice de l'action aquilienne à des individus non citoyens [1]. Cette extension est l'œuvre du droit prétorien.

947. — **Action civile** *in factum* : 2° Dans le cas où le *damnum* était bien causé *corpori*, mais non pas *corpore* (par ex. : lorsqu'une personne ayant fermé la porte de la pièce où se trouve mon esclave, celui-ci meurt de faim), en donnant une action *in factum accommodata legi aquiliæ* (c'est l'œuvre de la jurisprudence) [2].

948. — **Action prétorienne** *in factum* : Le préteur est-il jamais allé jusqu'à donner cette action lorsque le dommage n'était pas *corpori datum?* — (Ex. : vous apercevez un esclave enchaîné : pris de pitié, vous le détachez : il en profite pour s'enfuir. Le tort que vous avez ainsi causé au maître n'est ni *corpore* ni *corpori datum*).

Comme la loi n'avait prévu que le dommage résultant d'un *rumpere*, c'était la sortir complètement de son domaine. Il n'y eut à la situation d'autre remède que l'action *de dolo*. Mais comme l'exercice de cette action exige la preuve du dol, le préteur s'en tira par la création d'une action *in factum* qu'il ne faut pas confondre avec l'action *in factum ad exemplum legis Aquiliæ* [3].

La première est perpétuelle, elle expose le débiteur aux peines de l'*infitiatio*. La seconde est annale et ne permet d'obtenir que le montant du préjudice causé.

1 D. *Ad legem aquiliam*, 11, 8; 11, 10; 17; 30, 1.
2 *Instit.* de Justinien, *De lege aq.*, 16.
3 *Instit. ad. leg. aq.*, 16.

Digitized by Google

949. — **Synthèse du système** : On peut établir ainsi la gradation du système complet :

1° *Damnum corpore corpori datum :* action de la loi Aquilia.

2° *Damnum non corpore sed corpori datum* : action perpétuelle civile *in factum ad exemplum legis Aquiliæ.*

3° *Damnum non corpori datum*, action *de dolo*, ou, s'il n'y a pas dol, action *in factum* prétorienne et annale.

4° Le système a été complété par l'action édilitienne donnée contre celui qui a tenu un animal dangereux (chien, ours, panthère, etc.) près d'un endroit *qua vulgo iter fit*[1].

950. — **Observation : la** *DAMNATIO :* La loi *Aquilia* prononçait une *damnatio* contre le délinquant comme le *nexum* contre l'obligé, comme le legs *per damnationem* contre l'héritier, comme le jugement contre le perdant. D'où il résulte qu'au temps des actions de la loi, le *damnum injuria datum* entraînait une poursuite par voie de *manus injectio.* C'est pour cela que, sous la procédure formulaire, la condamnation *crescit in duplum adversus infitiantem.*

C'est le caractère commun de toutes les actions qui sanctionnent des obligations autrefois protégées par la *manus injectio*[2].

SECTION IV

L'*injuria.*

951. — **Sens du mot *injuria* :** Nous venons de voir, en étudiant la loi Aquilia, le mot *injuria*, employé dans le sens de « fait contraire au droit » ; le délit d'*injuria* nous le présente dans une autre acception : l'*injuria* dont la répression est poursuivie par l'action pénale *injuriarum* est une offense, *contumelia*, comme celle qui résulte d'un soufflet, de voies de fait quelconques, d'un libelle diffamatoire (*carmen famosum*). Où commence, où finit l'injure? il est assez difficile de le

1 Édit des Édiles curules *de feris :* Girard (*Textes*), p. 144.
2 Girard, *Manuel*, p. 403, n. 1, 469, n. 2, 959, n. 1.

Digitized by Google

préciser. « N'avons-nous pas, dit Cicéron, vu un consulaire, un grand pontife, Scipion Nasica, pleurer en plein sénat parce qu'un de ses collègues l'avait appelé « *autruche plumée* » (*struthiocamelus depilatus*) »? Il y a délit d'injure quand on brise un membre (*os fractum*) à une personne, délit d'injures quand on suit un jeune garçon de bonne famille ou une *mater familias*, et le dernier de ces faits expose le délinquant à une triple poursuite : poursuite de la *mater familias* offensée, de son mari, et du chef de famille sous la puissance duquel elle est placée[1].

952. — **Peine de l'*injuria* :** Quelle est la pénalité de l'*injuria?* Une amende arbitraire librement fixée par le juge si l'injure n'est pas *atrox*, et, si l'injure est *atrox* (si par exemple, la victime a eu un membre rompu ou un œil crevé), une amende fixée à l'avance par le magistrat et que le juge n'a qu'à appliquer, sans en changer le montant, dans le cas où la demande lui paraît justifiée. Le condamné encourt l'infamie[2].

953. — **L'*INJURIA* au temps des XII Tables** : Cette peine prétorienne a remplacé les pénalités prononcées par la loi des XII Tables. Celle-ci avait édicté, pour un membre cassé, la peine du talion, et pour la fracture d'un os de moindre importance (d'une dent, par exemple, ou d'une côte) une peine pécuniaire. Nous répéterons ici une observatian déjà présentée à l'occasion du *furtum* (V. *suprà*, n. 930). La répression du délit a été créée par la loi, par le droit civil, bien que la peine applicable ait été modifiée par le droit prétorien[3].

954. — **Régime de la loi Cornélia** : La loi Cornélia *de injuriis* fit des injures les plus graves (*carmen famosum*,

1 *Inst. de injuriis*, 2; Gaius, 3, 221.
2 Gaius, 3, 224.
3 Gaius, 3, 223.

Digitized by Google

violation de domicile, coups), un délit public déféré à une *quæstio perpetua* (V. cours de 1re année, n. 54) mais néanmoins, la victime pouvait choisir l'action privée (*æstimatoria*[1]).

954 *bis*. — L'*INJURIA* **sous l'empire** : Le droit impérial donna le choix à la partie lésée entre l'action d'injures et une punition physique infligée *extra ordinem* au délinquant par le magistrat[2].

955. — **Durée de l'action :** L'action *injuriarum* doit être intentée dane un bref délai : l'offensé qui la laisse sommeiller est censé pardonner l'offense[3], et elle est intransmissible aux héritiers de la victime[4].

956. — **Qui peut l'intenter :** Une dernière particularité est à signaler : c'est que l'*actio injuriarum* peut être intentée par un fils de famille offensé, tandis qu'en général, les actions compétant au fils de famille ne peuvent être intentées que par le *paterfamilias*[5].

1 Dig. *de inj. et fam. lib.* 37, 1 (Marcien).
2 Dig., *ibid.*, 45 (Hermogénien).
3 Instit. *de injur.*, 12.
4 Dig., *de inj.*, 13 pr. (Ulpien).
5 Dig , *h. t.* 17, 10, 12.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Les délits prétoriens.

SECTION I

Le dol.

957. — **Notion du dol** : On appelle *dol* toute manœuvre frauduleuse par laquelle une personne est incitée à faire un contrat qu'elle n'eût point fait si sa bonne foi n'avait été surprise. Les Romains distinguaient deux sortes de dol : le *dolus bonus*, dol permis, boniment d'un marchand qui exagère les mérites de sa marchandise, et le *dolus malus*, dol réprimé par la loi dont les conséquences peuvent aller jusqu'à l'annulation du contrat qui en est entaché[1].

958. — **Histoire du dol** : Les Romains sont demeurés pendant sept siècles sans songer à réprimer le dol. C'est aux gens qui contractent de se défendre, et la loi, pensaient les Romains, n'est pas faite pour venir au secours des imbéciles « *non stultis solere succurri* »[2].

La première mesure contre le dol fut la loi *Plætoria* destinée à protéger les mineurs de vingt-cinq ans[3].

Mais, dès la création des contrats de bonne foi,

1 Dig., L. 1. *de dolo malo*, pr. et § 2 (Ulpien).
2 Dig. *de juris et facti ignorantia*, 9, 5 (Paul).
3 M. Jobbé-Duval à son cours. V. 1re partie, n. 409.

Digitized by Google

le juge put et dut tenir compte, dans ces contrats, du *dolus malus*, puisqu'il avait pour mission d'apprécier *ex fide bona* tous les éléments de la cause.

Dans les contrats de droit strict, une partie imprudente se trouvait toujours à la merci d'un contractant adroit et indélicat. C'est ainsi que Cicéron nous montre le chevalier romain Canius, circonvenu par le banquier syracusain Pythius qui, au moyen d'artifices ingénieux, d'une fantasmagorie savamment combinée, trouva le moyen de lui vendre très cher une propriété sans agrément et sans valeur. Canius avait eu l'imprudence de transformer sa dette née d'un contrat de bonne foi (une vente) en obligation de droit strict, probablement en laissant mettre l'opération sous la forme d'une *expensilation* (*Canius nomina conficit*... V. n. 1124).

Or, à ce moment, dit Cicéron, « mon collègue et ami Aquilius Gallus n'avait pas encore inventé ses formules sur le dol[1]... ».

Cette phrase nous donne la date de l'introduction des mesures contre le *dolus malus*, et l'indication de leur auteur, Aquilius Gallus qui fut préteur en 688 de R.[2*].

Les mesures contre le dol consistaient : 1° En une *exceptio doli* accordée à la partie lésée, lorsque son obligation n'avait pas encore reçu d'exécution, pour se dispenser de l'exécution. — 2° Une action spéciale, l'action de dol, à l'effet d'obtenir la réparation du préjudice causé, ou la libération de l'engagement surpris. — 3° La *restitutio in integrum ob dolum*.

1 Cicéron, *de officiis*, 3, 14.

2* Avant l'invention d'Aquilius Gallus, les majeurs de vingt-cinq ans se protégaient eux-mêmes, s'ils étaient prudents, par l'insertion dans les contrats de droit strict d'une *clausula doli* qu'ils faisaient valoir au moyen d'une action *ex stipulatu* (M. Jobbé-Duval à son cours).

Digitized by Google

L'ordre dans lequel ces mesures ont été introduites est controversé; M. Girard enseigne que la première créée fut l'action de dol, inventée par Aquilius Gallus; — l'exception suivit de près; mais on ne trouve de traces de la *restitutio in integrum* qu'au temps d'Hadrien [1].

959. — **Les actions de dol** : Nous disons *les actions* de dol et non *l'action* de dol, parce que le dol est réprimé non seulement par l'action *de dolo*, mais par des actions *in factum*, qui lui sont substituées dans certains cas où le préteur ne juge pas à propos de la donner, ou qui pourvoient aux lacunes du système.

960. — Ces actions *in factum* datent-elles, comme l'action de dol proprement dite, de la préture d'Aquilius Gallus? Nous n'oserions l'affirmer, mais cette conjecture concorderait avec le langage de Cicéron, puisqu'il affirme qu'Aquilius Gallus a créé *les formules* (et non *la* formule) sur le dol [2*].

961. — **Action** *de dolo* : L'action de dol peut être donnée dans deux hypothèses bien différentes : 1° Avant l'exécution de l'obligation; 2° Après cette exécution. — Dans le premier cas, la partie trompée demande à l'autre partie de la libérer de son obligation par une acceptilation.

Cette *satisfactio* (je veux dire la libération), figure dans la formule sous forme d'une *clausula arbitraria* (ou *jussus judicis*), car l'action est arbitraire (V. 1re partie, n. 524). Le juge, dans la *pronuntiatio*, ordonnera au défendeur de libérer le demandeur et passera, si le défendeur ne s'exécute pas, à la condamnation aux dommages-intérêts; le chiffre de ces dommages-intérêts est le *simplum* du préjudice causé [3].

1 Girard. *Manuel*, p. 411, n. 3.
2* D'après M. Jobbé-Duval (à son cours) l'expression de Cicéron (*formulas*) viserait seulement l'action et l'exception de dol.
3 Dig. *de dolo malo*, 18, pr.

Digitized by Google

962. — Si l'action *de dolo* était intentée après l'exécution de l'obligation surprise, la *clausula arbitraria* et la *pronuntiatio* du juge viseraient la remise par le défendeur des choses dans l'état où elles se trouvaient avant le contrat.

963. — **Caractères de l'action de dol :** L'action de dol proprement dite présente cinq caractères bien tranchés; elle est : 1° *scripta in personam;* 2° subsidiaire; 3° pénale; 4° annale; 5° infamante.

964. — *Personnalité de l'action de dol :* L'action de dol est *scripta in personam* (à la différence de l'action *quod mètus causa* qui est *scripta in rem*) (V. n. 977); c'est-à-dire que, pour que le contrat soit annulable, il faut que le dol ait été pratiqué par la partie défenderesse dont le nom figure en ces termes dans la formule. « *Si quid in ea re dolo malo Numerii Negidii factum est* » (la formule de l'action *quod metus causa* porterait seulement « *si quid in ea re metus causa factum est* »)[1].

965. — *Subsidiarité de l'action* DE DOLO. Le préteur n'accorde l'action de dol à la partie lésée que lorsqu'il n'existe au profit de celle-ci aucun autre moyen d'obtenir la réparation du préjudice qui lui a été causé. Les termes de l'Édit sont formels sur ce point : « *Quæ dolo malo facta esse dicuntur, si de his rebus alia actio non erit... judicium dabo* ». Donc, toutes les fois que la partie trompée pourra obtenir satisfaction au moyen de

1 Dig., *de dolo malo*, 15, 3 (Ulpien).

Digitized by Google

l'action même de son contrat, le préteur refusera l'action de dol [1].

966. — *Caractère pénal de l'action* DE DOLO. Bien que l'action *de dolo* n'aboutisse qu'à une condamnation au *simplum*, elle est incontestablement pénale, car elle est passivement intransmissible; ajoutons qu'elle est infamante et qu'elle donne lieu à l'abandon noxal [2].

967. — *Annalité de l'action* DE DOLO. L'action de dol est annale, mais nous verrons qu'après l'année expirée, elle est remplacée par une des actions *in factum* dont il va être parlé ci-après [3].

968. — **Actions** *in factum* : 1° Le préteur pour sauver de l'infamie certains défendeurs, substitue à l'action de dol une action *in factum* à concurrence de leur enrichissement : Ulpien cite, parmi ces privilégiés : le père poursuivi par son fils, le patron actionné par son affranchi, le personnage de rang élevé (comme un consulaire par exemple) poursuivi par un plébéien, et même l'homme d'une bonne réputation poursuivi par un adversaire taré [4].

969. — 2° Une action *in factum*, à concurrence de leur enrichissement, est encore donnée par le préteur, contre les héritiers de l'auteur du dol [5].

970. — 3° Enfin, nous avons vu que, si au bout

1 Dig. L. 1, *de dolo malo* pr. (Ulpien). — *Ibid.*, § 4 à 7.
2 Dig. L. 17, *eod. tit.*, § 1 (Ulpien). L. 4 et L. 11, 1, *eod. tit.*
3 Le délai d'une année utile depuis la découverte du dol a été remplacé, par Constantin, par un délai de deux années continues, à partir de la perpétration du dol. Code, L. 8, *de dolo malo*.
4 Dig. L. 11, § 1, *de dolo malo* (Ulpien). L. 12, *ibid.* (Paul).
5 Dig. *ibib.*, L. 13 (Ulpien).

Digitized by Google

d'un an, l'auteur du dol échappe à l'action pénale et infamante *de dolo*, il reste, *quatenus locupletior factus est*, exposé à une action *in factum* [1].

971. — **Exception de dol** : Par suite d'un développement tout naturel, après avoir donné l'action de dol à celui qui avait exécuté une obligation surprise, ou même à celui qui voulait, avant toute exécution, en obtenir l'annulation, on accorda, dans la seconde hypothèse, une exception à celui qui était poursuivi à raison de l'inexécution d'un engagement vicié par le dol.

972. — Cette exception, qui est déjà connue de Labéon, peut être opposée à la poursuite du créancier à quelque époque que cette poursuite se produise, tandis que, comme nous l'avons vu (*suprà*, n. 968), l'action *de dolo* est annale. C'est ce qu'exprime la règle : « *quæ temporalia sunt ad agendum, ad excipiendum sunt perpetua* » [2].

973. —*Restitutio in integrum* : La *restitutio in integrum ob dolum*, complément du système inauguré par Aquilius Gallus, ne fait-elle pas double emploi avec l'action *de dolo* et les actions *in factum ?* Non, car la *restitutio in integrum* sera efficace dans certains cas où les autres mesures demeureraient impuissantes, par exemple, dans le cas où, une aliénation de propriété ayant été surprise par dol, l'auteur du dol a, d'une part, revendu le bien à un acquéreur de bonne foi et, d'autre part, se trouve lui-même insolvable.

L'acquéreur ne peut être tenu de l'action *de*

1 Dig. L. 18, 4, *de dolo malo* (Paul).
2 Dig., *de doli mali et metus except.* L. 5, § 6 (Paul).

Digitized by Google

dolo : il est de bonne foi ; il ne peut être tenu d'une action *in factum :* il ne s'est pas enrichi.

Quant à l'action *de dolo* contre le premier acquéreur, à quoi servira-t-elle, puisqu'il est insolvable ?

La *restitutio in integrum*, en remettant les choses en l'état, permettra à l'aliénateur d'intenter l'action en revendication [1].

SECTION II

La *metus*.

974. — **Caractère de la *metus*** : Les Romains caractérisent par le mot *metus*, le vice du consentement que nous appelons la violence : c'est-à-dire qu'ils empruntent l'appellation juridique de ce vice à l'*effet*, tandis que nous l'empruntons à la *cause*.

La *metus* peut être définie : le délit qui consiste « à déterminer une personne à un acte matériel ou juridique qu'elle ne voulait pas faire, par la menace d'un mal concernant sa vie, son corps, sa liberté ou ceux de ses enfants » [2].

975. — **Action « *quod metus causa* » :** Le délit prétorien de *metus* paraît avoir été créé dans le but de faire rendre gorge aux créatures de Sulla : l'action qui le punit (action *quod metus causa*) a été introduite par un préteur du nom d'Octavius, car Cicéron l'appelle *formula Octaviana* [3].

1 Dig., *de in integrum rest.* L. 18, 1 (Marcellus).
2 Girard, *Manuel*, p. 407.
3 Cicéron, Lettre à son frère Q. Cicéron, t. I et II ; Verrines, 3, 45.

Digitized by Google

976. — **Exception *metus* :** Le système fut complété bientôt par la création d'une *exceptio metus*, puis plus tard par une *restitutio in integrum ob metum*. En d'autres termes le système répressif du dol, et le système répressif de la violence se sont développés parallèlement [1].

977. — **Caractères de l'*actio metus* :** L'action *metus* est donnée au quadruple ; mais, comme elle est arbitraire, il est facile au défendeur de se dérober à la condamnation *in quadruplum* en s'exécutant à concurrence du *simplum*, sur la *pronuntiatio* du juge [2].

L'action et l'exception *metus* diffèrent des action et exception de dol en ce qu'elles sont *scriptæ in rem*, c'est-à-dire qu'elles peuvent être intentées ou invoquées alors même que l'auteur de la violence n'est point la partie cocontractante [3].

L'action *quod metus causa* est pénale : il est facile de lui reconnaître ce caractère parce qu'elle entraîne une condamnation au quadruple du préjudice causé : mais elle a été atteinte par la dégénérescence qui a altéré le caractère de plusieurs actions prétoriennes pénales, et qui a fini par leur donner l'aspect d'actions réipersécutoires.

SECTION III

La *fraus creditorum*.

978. — On entend par *fraus creditorum* (fraude au préjudice des créanciers), le fait d'un débiteur insolvable qui augmente son insolvabilité.

1 Dig. *de doli mali et met. exc.* L. 4, 33 (Ulpien).
2 Dig. *quod metus causa*, L. 14 (Ulpien).
3 Dig., *de doli mali et metus except.* L. 33.

Digitized by Google

Ce fait peut consister dans une vente à vil prix, dans une donation, dans une remise de dette, dans un affranchissement...

979. — La *fraus creditorum* a été réprimée par toute une série de mesures, édictées à diverses époques et dont l'ensemble constitue un groupe très intéressant à étudier. Ces mesures sont : 1° l'interdit fraudatoire ; 2° l'action paulienne ; 3° la *restitutio in integrum ;* 4° la loi *Ælia Sentia.*

980. — 1° **Interdit fraudatoire** : On manque absolument de renseignements sur cet interdit, les commissaires de Justinien ayant eu le soin d'altérer tous les textes qui le concernent pour les rapporter à l'action paulienne ; mais les compilateurs n'ont pas si bien pris leurs précautions que le nom de l'interdit fraudatoire n'apparaisse dans un certain nombre de textes (L. 96, D. *de sol. et liber.;* L. 38, D. *de usur. et fruct.*; L. 10, D. *quæ in fraud. cred.*). D'ailleurs, l'interdit est désigné en propres termes dans un texte pur, la loi 1, au Code Théodosien, *De in integrum restitutione* (Constantin). Son existence est donc absolument certaine. C'est la première mesure (la question est pourtant controversée) prise par le préteur contre la fraude au préjudice des créanciers.

981. — 2° **Action paulienne :** Le préteur Paul qui lui a donné son nom est de date ignorée. Elle semble connue de Cicéron [1].

982. —**Conditions d'ouverture de l'action paulienne :** Pour qu'il y ait ouverture de l'action paulienne, trois conditions sont nécessaires ; il faut :

983. — 1° Que l'acte reproché au débiteur *de-*

1 Cicéron à Atticus, I. 1, 3.

Digitized by Google

fraudator soit postérieur à la *missio in possessionem* des créanciers [1].

984. — 2° Qu'il y ait *eventus damni*, c'est-à-dire que cet acte ait causé un préjudice aux créanciers; cependant le droit romain est moins large en cette matière que notre Code civil. Il ne considère comme préjudiciables aux créanciers que les actes par lesquels le débiteur a diminué son patrimoine, mais non ceux par lesquels il a négligé de l'augmenter, comme, par exemple, la renonciation à une succession ou un legs. En droit français, au contraire, aux termes de l'art. 788, C. civ., les créanciers peuvent, lorsque leur débiteur, en fraude de leurs droits, a renoncé à une succession, obtenir l'annulation de cette renonciation et accepter eux-mêmes la succession en son lieu et place [2].

985. — 3° Qu'il y ait de la part du débiteur *consilium fraudis*, c'est-à-dire que le débiteur, en faisant l'acte incriminé, ait su qu'il aggravait son insolvabilité. Il semble bien que le *consilium fraudis* était présumé [3].

986. — **Contre quelles personnes se donne l'action paulienne :** L'action paulienne se donne : 1° contre le débiteur *defraudator* [4] : — on peut se demander à quoi elle servira aux créanciers, puisque le débiteur, dépouillé de tout son patrimoine, n'a plus rien pour satisfaire à la

1 Cela résulte des termes de l'édit : *CURATORI BONORUM judicium dobo.* — Conf. L. 6, § 7, Dig., *quæ in fraud. cred.*

2 Dig., L. 6, *quæ in fraud. cred.* pr. (Ulpien). Mais M. Planiol fait observer avec beaucoup de raison que cette divergence est la conséquence de la différence du régime des successions en droit romain et en droit français et non d'une conception différente de l'action paulienne.

3 Dig., *de reg. juris.*, 79 (Papinien).

4 *IDQUE ADVERSUS IPSUM QUI FRAUDEM FECIT SERVABO* (termes de l'Edit).

Digitized by Google

condamnation : on s'était arrêté, malgré l'avis contraire de certains jurisconsultes (Méla, par ex.) à cette solution parce que l'on avait pris en considération *moins l'émolument de l'action que la peine*[1].

987. — 2° Contre les tiers qui ont traité avec le *defraudator*, mais sous le bénéfice de cette distinction : l'acte attaqué est-il à titre gratuit (comme une donation)? Le tiers sera poursuivi dans tous les cas, parce que, *certans de lucro captando*, il a paru moins intéressant que les créanciers qui *certant de damno vitando*. Si, au contraire, l'acte attaqué est à titre onéreux, le tiers qui a contracté avec le *defraudator*, ne peut être poursuivi que s'il a été complice de la fraude, *conscius fraudis*[2].

988. — **Caractère de l'action paulienne** : De ce que l'action paulienne s'exerce, *au moins dans certains cas*, contre les tiers, faut-il conclure que c'est une action réelle? la question ainsi posée contient en elle-même sa réponse : les actions réelles s'intentent contre les tiers *dans tous les cas* (*adversus quemvis possessorem*). De ce qu'il n'en est point ainsi en matière d'action paulienne, l'on peut conclure *a priori* que l'action paulienne est personnelle. Justinien toutefois la fait figurer parmi les actions réelles (c'est peut-être simplement par suite d'une confusion avec la *restitutio in integrum* dont nous allons parler tout à l'heure); mais Paul, au contraire, l'énumère parmi les actions personnelles[3].

989. — Un raisonnement très simple conduit à attribuer à l'action paulienne le caractère personnel. D'où procède-t-elle dans les deux cas où elle est accordée? Si elle est donnée contre un acquéreur à titre gratuit, elle procède d'un enrichisse-

1 Dig., 25, 7, *quæ in fraud. cred.* (Vénulélus). Remarquons toutefois que ce passage extrait du *Traité des interdits* de Vénulélus vise l'interdit fraudatoire.

2 Dig., *quæ in fraud. cred.*, LL. 6, 8, 10, 2, 6, 11 (Ulpien).

3 Dig., L. 38, 4, *De usuris* (Paul).

Digitized by Google

ment injuste, c'est-à-dire d'un quasi-contrat. — Si on l'accorde contre un acquéreur à titre onéreux *conscius fraudis*, elle procède d'une complicité de fraude, c'est-à-dire d'un délit. Or les délits et les quasi-contrats font naître des obligations, des droits *personnels* et non des droits *réels*. Donc l'action paulienne née d'une obligation délictuelle ou quasi-contractuelle ne peut être que personnelle.

990. — C'est — plusieurs textes l'affirment — une action *in factum*[1] et presque certainement une action arbitraire[2]; elle est annale[3] et intransmissible contre les héritiers au delà de leur enrichissement[4].

991. — Mais elle ne peut s'exercer *noxaliter*, a pour objet le *simplum* du préjudice causé et n'admet pas le cumul des poursuites en cas de pluralité d'auteurs du délit. Aussi a-t-on pu dire que, de toutes les actions pénales créées par le préteur, c'est l'action paulienne qui a le plus complètement perdu son caractère primitif[5].

992. — **Coexistence de l'interdit fraudatoire et de l'action paulienne** : il est certain que l'action paulienne n'a pas fait disparaître l'interdit fraudatoire. La coexistence des deux institutions n'est pas facile à expliquer, comme d'ailleurs la coexistence de tous les interdits avec les actions analogues qui ont été créées après eux (par exemple de l'interdit salvien avec l'action servienne).

On a émis l'idée que les interdits devaient peut-être leur conservation à cette considération qu'ils peuvent être demandés même un jour néfaste. Peut-être aussi l'interdit fraudatoire était-il un bénéfice individuel qui pouvait être invoqué par un créancier isolé, tandis que l'action paulienne ne peut

1 L. 10, *quæ in fraud. cred.*, § 18 (Ulpien). Même loi pr.; L. 14 *eod. tit.* mais le premier texte est très suspect d'interpolation.
2 Conf. fragm. *De formula Fabana.* Girard (*Textes*), p. 388.
3 Dig., 10, 18, *Quæ in fraud. cred.*
4 Dig., 10, 18, *Quæ in fraud. cred.*, § 24.
5 Girard, *Manuel*, p. 419, n. 4.

Digitized by Google

être intentée que par le *curator bonorum* agissant au nom de la masse créancière[1]. En somme on en est réduit à des conjectures[2**].

993. — **Restitutio in integrum :** La dernière des mesures introduites par le préteur à l'effet de réprimer la *fraus creditorum* est la *restitutio in integrum*, dont l'efficacité surpasse celle de toutes les autres lorsque l'acte incriminé est une aliénation. Lors, en effet, que le préteur a annulé l'acte sujet à critique, le représentant de la masse créancière (*curator bonorum*) a l'action en revendication non seulement contre l'acquéreur à titre gratuit ou l'acquéreur à titre onéreux *conscius fraudis*, mais contre tout acquéreur. Quelques auteurs ont cru à l'existence de deux actions pauliennes, l'une personnelle, l'autre réelle : l'opinion qui prévaut aujourd'hui est que la prétendue *paulienne réelle* n'est pas autre chose que la revendication consécutive à une *restitutio in integrum*[3].

Nous adoptons ici l'opinion de M. Girard qui assigne à l'introduction de la *restitutio in integrum* une date postérieure à la création de l'action paulienne. Savigny enseignait au contraire que la *restitutio in integrum* avait dû être le premier moyen de répression employé à l'encontre de la *fraus creditorum*[4].

995. — **Loi *Ælia Sentia* :** Il y avait un acte

1 Girard, *Manuel*, p. 416, n. 4, 417, n. 2.

2** Nous pensons pour notre part que la conservation des interdits à côté des actions concurrentes est due à ce que l'interdit par suite des stipulations pénales qui accompagnent sa procédure fait courir des risques plus graves à la partie perdante. La partie qui se croit très sûre de son droit doit recourir plus volontiers à l'interdit (V. *infrà*, n. 1112 *bis*).

3 Accarias, t. II, p. 1088 et 1089.

4 Les proportions de cet ouvrage ne nous permettent pas de mettre en parallèle avec l'action Paulienne les actions Fabiana et Calvisiana instituées pour réprimer les fraudes commises par l'affranchi *in fraudem patroni*, et très analogues à notre action.

Digitized by Google

préjudiciable à la masse créancière que le préteur n'avait pas osé atteindre : l'affranchissement des esclaves fait en fraude des droits des créanciers. La répression de cette tentative contre l'intérêt des créanciers fut l'œuvre d'une des dispositions de la loi Ælia Sentia (757 de R.). L'affranchissement fait en violation de cette disposition peut et doit être annulé « *lex impedit libertatem* »[1].

CHAPITRE IV

Le cumul des actions.

---

996. — Nous avons vu, en étudiant les obligations délictuelles, qu'un même délit peut donner lieu à plusieurs actions : Cette pluralité d'actions engendrées par une cause unique fait surgir la théorie très délicate du *cumul des actions*, c'est-à-dire la question de savoir si la partie lésée peut intenter successivement toutes les actions nées d'un délit commis à son préjudice, et cumuler le bénéfice des condamnations.

997. — Il faut distinguer entre les actions *pœnæ persecutoriæ* (nous les appellerons, pour plus de simplicité, les *actions pénales*), les actions réipersécutoires et les actions mixtes.

998. — **Actions réipersécutoires** : L'action réipersécutoire a pour objet la réparation du pré-

1 V. *Première partie*, n. 155.

Digitized by Google

judice causé : or, le préjudice ne peut être réparé *plus d'une fois;* la seconde indemnité constituerait en effet un bénéfice pour la partie lésée, et non une réparation.

999. — Il faut en conclure, — et le point n'est pas douteux, — que les actions réipersécutoires ne peuvent être cumulées. Ainsi, en matière de vol, à côté de l'action *furti* (pénale), nous avons signalé l'existence de la revendication et de la *condictio furtiva* (réipersécutoire).

Ces deux actions ne pourraient être cumulées. Et, si l'une avait été intentée, dès l'instant qu'il y aurait eu *litiscontestatio*, le demandeur ne pourrait y renoncer pour se servir de l'autre ; c'est ce qu'exprime la règle « *Electa una via non est regressus ad alteram*[1] ».

1000. — Cette règle n'est pas d'ailleurs spéciale aux actions réipersécutoires nées de délits ; elle s'applique également aux actions nées de contrats : C'est ainsi qu'en matière de vente, l'acheteur évincé peut agir contre son vendeur soit par l'action *empti*, soit par l'action *ex stipulatu duplæ*. S'il avait intenté l'une de ces actions, il ne pourrait l'abandonner pour recourir à l'autre. Il serait repoussé par l'*exceptio rei in judicium deductæ*[2].

1001. — **Actions persécutoires de la peine :** Les actions persécutoires de la peine, dont l'objet est de faire condamner le délinquant à une amende, suivent une règle diamétralement inverse : elles se cumulent pleinement : « *Nun-*

1 Dig., L. 9 pr., *de tribut. act.* (Ulpien).
2 Dig., *de reg. juris*, 43, 1 (Ulpien).

Digitized by Google

quam actiones pœnales de eadem re concurrentes, altera alteram consumit[1] ».

1002. — De là toute une série de conséquences :

1° Si le délit a été commis par plusieurs coauteurs, l'action persécutoire de la peine peut être exercée contre chacun d'eux : ainsi, celui qui a été victime d'un vol manifeste commis en réunion par trois individus, pourra réclamer à chacun de ces trois individus le *quadruple :* et, par conséquent, obtenir des amendes s'élevant ensemble à *douze fois* la valeur du *quanti interest.* « Le droit de vengeance existant contre chacun des auteurs; chacun en doit la rançon[2] ».

2° La concurrence de plusieurs délits commis par le même individu au préjudice de la même partie entraîne le cumul des condamnations « aucun des faits délictueux ne pouvant par suite du concours, bénéficier de l'impunité[3] ». Mais, si les jurisconsultes romains proclament nettement le principe, ils ne l'appliquent pas sans gaucherie, confondant, pour les besoins de leur discussion, les actions *mixtes* avec les actions persécutoires de la peine, les seules auxquelles le principe soit logiquement et complètement applicable[4].

3° Des actions purement pénales se cumulent pleinement avec les actions réipersécutoires puisqu'elles poursuivent un but différent (les premières, la réparation d'un préjudice, les secondes, l'application d'une amende)[5].

1 Dig., *de obl. et act.*, L. 60 (Ulpien).
2 Instit. *de obl. quæ ex delicto nasc.*, 4, 11.
3 Dig., L. 2 pr., *de privat. del.* (Ulpien).
4 Conf. Girard, *Manuel*, p. 389.
5 Dig , L. 7, 1, *de cond. furt.* (Ulpien).

Digitized by Google

1003. — **Actions pénales diverses résultant d'un fait unique :** Plusieurs délits, avons-nous dit (V. *suprà*, n. 1001), font naître plusieurs actions pénales qui doivent être cumulées : mais la question devient très délicate lorsqu'un *fait unique* peut s'envisager sous des aspects délictueux multiples. D'après Modestin, *plura delicta in una re* font naître plusieurs actions pénales (*plures admittunt actiones*); mais on ne peut se servir que d'une seule (*una tantummodo, non omnibus utendum est*)[1]. Nous croyons pouvoir ajouter qu'à l'époque classique, la partie lésée ne pourra pas revenir sur son choix après la litiscontestation (*Electa una via...*).

1004. — Victime d'un vol manifeste commis avec violence, je puis employer à mon gré l'*actio furti manifesti* (peine du quadruple) et l'action *vi bonorum raptorum* (autre peine du quadruple au moins à l'époque classique).

Il y a là un *fait unique* se présentant sous deux aspects. Je ne puis pas, après avoir obtenu le quadruple par l'action *furti*, l'obtenir une seconde fois par l'action *vi bonorum raptorum*, ni inversement.

1005. — **Actions mixtes :** Lorsqu'un délit fait naître une action *mixte* (dont l'objet est à la fois l'application d'une amende et l'attribution d'une indemnité), je puis, au cas où il y a double délit, cumuler le bénéfice de l'action mixte avec celui de l'action pénale née du second délit connexe au premier.

Ex. : Un délinquant me vole mon esclave et le

1 Dig., *de obl. et act.*, L. 53 pr. (Modestin).

Digitized by Google

tue, je puis cumuler contre lui l'action *furti* et l'action de la loi Aquilia. Rien de plus rationnel, car *deux* peines correspondant à *deux* délits peuvent, sans que la logique en souffre, se cumuler avec *une seule* indemnité.

1006. — **Concours des actions mixtes avec les actions *reipersecutoriæ* :** Mais une action mixte ne peut se cumuler avec une action réipersécutoire, car l'addition des deux condamnations donnerait comme somme une amende et *deux indemnités* pour le même préjudice, ce qui est inadmissible à raison de la règle « *bis de eadem re ne sit actio* ».

1007. — Pour la même raison, deux actions mixtes ne peuvent être successivement exercées, car la seconde tendrait non seulement à l'application d'une nouvelle peine, mais *à la réparation d'un préjudice déjà réparé*. .

Si donc j'ai intenté, dans l'espèce où mon esclave a été volé et tué, la *condictio furtiva*, je ne pourrai intenter ensuite l'action de la loi Aquilia, qui comprendrait *à nouveau* la réparation du préjudice. Inversement, si j'ai intenté d'abord l'action de la loi Aquilia, je n'aurai pas le droit d'intenter ensuite la *condictio furtiva*[1].

1008. — Je ne pense pas que la doctrine des auteurs classiques, autant qu'on peut la démêler à travers les remaniements du Digeste, se soit jamais écartée consciemment de ces principes. On peut dire toutefois que les *prudentes* de la bonne époque

1 Pomponius cité par Ulpien donne une solution contraire. Dig., L. 34, 2, *de obl. et act.*

Digitized by Google

ne les ont pas toujours appliqués avec une entière fidélité[1].

1009. — **Modifications subies par la doctrine classique :** La doctrine qui vient d'être exposée a été modifiée par deux fois : d'abord, à l'époque d'Arcadius et d'Honorius, deux actions nées *d'un délit unique* peuvent être exercées cumulativement. Il s'agit sans doute ici d'actions pénales : Hermogénien qui formule la nouvelle théorie nous apprend qu'elle ne fut adoptée qu'après de longs tâtonnements (*post magnas varietates*)[2].

1010. — Sous Justinien, un système nouveau — fort ingénieux et très suffisamment équitable — nous apparaît en pleine floraison.

1° Les actions pénales peuvent se cumuler entre elles et avec les actions *réipersécutoires* et mixtes (c'est le principe déjà signalé par Hermogénien).

2° Les actions réipersécutoires ne se cumulent ni entre elles ni avec les actions mixtes (il en était déjà ainsi à l'époque classique).

3° Une action mixte peut être intentée après une action réipersécutoire à l'effet d'obtenir *quod amplius in ea est:* ainsi, victime d'un vol avec violence, si j'ai d'abord intenté la *condictio furtiva* (réipersécutoire), je pourrai encore intenter l'action *vi bonorum raptorum*, qui est devenue mixte sous Justinien, pour obtenir l'excédent de son émolumentsur l'émolument de la *condictio furtiva* (soit le *triplum*), mais si j'ai intenté d'abord la plus large des deux actions (dans l'espèce, l'action mixte

1 Voir la note précédente.

2 Dig., L. 32, *de obl. et act.* (Hermogénien).

Digitized by Google

vi bonorum raptorum dont le *quadruplum* comprend une peine du triple et la *res*), mon droit est épuisé. C'est là une doctrine justinienne, que les collaborateurs de Tribonien ont introduite par voie d'interpolation dans les textes des jurisconsultes classiques[1].

1 Girard, *Manuel*, p. 389, n. 4 et Savigny, p. 280 à 283.

Digitized by Google

TITRE II

LES CONTRATS

(**) CHAPITRE I

Notions générales sur les contrats Leurs divisions.

SECTION 1

La convention et le formalisme.

1011. — **La convention :** Tout contrat est une convention et toute convention est un accord de volontés dans le but de produire un effet de droit (*duorum pluriumve in idem placitum consensus*).

Mais il s'en faut de beaucoup, en droit romain, que toute convention soit un contrat. Nous aurons en effet l'occasion de constater (V. *infrà*, n. 1332) que le simple pacte, ce que nous appelons la *convention*, ne fait point, au moins en général, naître une action.

Il faut donc réserver le nom de *contrats* aux *conventions qui font naître une action.*

1012. — **Contrats formels :** Ce qui différencie profondément la théorie romaine des contrats de nos théories contemporaines correspondantes,

Digitized by Google

c'est le *formalisme* (V. 1re partie, n. 444-455), c'est-à-dire la nécessité de recourir, pour créer le lien obligatoire, à un rituel spécial, à des solennités sans lesquelles l'accord des parties demeurerait dépourvu de sanction. Nous connaissons, en droit français, des contrats formels que nous appelons contrats *solennels* (contrat d'hypothèque, donation, etc.), mais ils sont en petit nombre, et constituent chez nous l'exception.

1013. — **Contrats consensuels :** En droit romain le formalisme est la règle. Ce n'est qu'à la longue, probablement au septième siècle de Rome, que quelques contrats, les plus importants et les plus usuels d'ailleurs, ont pu se former par le simple accord des parties, et qu'à côté des *contrats formels*, le droit a accordé une place relativement restreinte aux *contrats consensuels*.

1014. — **Contrats réels :** Une troisième catégorie de contrats ne se lie ni par des solennités substantielles, ni par un simple accord de volontés, mais au moyen de la remise d'une chose par l'une des parties contractantes à l'autre partie. Notre législation connaît ces contrats qu'elle vise dans les art. 1875, 1892, 1919, 2076, C. civ. : nous les appelons contrats *réels;* le droit romain exprime la même idée en disant qu'ils se forment *re*. Ces contrats, d'après M. Dareste, seraient chez tous les peuples les plus anciens de tous[1]. M. Cuq pense, au contraire, qu'ils ne se sont constitués à Rome que tardivement et que pendant longtemps ils n'eurent qu'une sanction toute morale[2]. M. Gi-

1 Dareste, *Études d'histoire du droit*, p. 7.
2 Cuq, *Institutions*, p. 254, 288, 602, 668.

Digitized by Google

rard suppose que l'on commença par donner le caractère obligatoire à ces contrats en les enchâssant dans un contrat formel [1]. Les deux systèmes de M. Cuq et de M. Girard aboutissent l'un et l'autre, et nous croyons que c'est avec raison, à considérer, contrairement à l'opinion de M. Dareste, les contrats formels comme ayant précédé les contrats réels.

1015. — **Division des contrats** : Comme les contrats formels exigent pour leur constitution tantôt des paroles consacrées, tantôt des écritures d'un caractère déterminé, les jurisconsultes romains les ont divisés (ce n'est en réalité qu'une subdivision) en contrats qui se forment *verbis* et contrats qui se forment *litteris*.

1016. — Mêlant ensemble cette subdivision et la division tripartite que nous venons de donner, ils disent que les contrats se forment de quatre manière : *verbis*, *litteris*, *re*, *consensu* [2]. Par application de leur formule, nous distinguons des contrats *littéraux*, *verbaux*, *réels* et *consensuels*, mais ces quatre adjectifs sont également inconnus de la terminologie romaine.

1017. — Cette terminologie, qui est celle de Gaius et celle de Justinien, n'échappe peut-être pas à toute critique; il est très douteux en effet que des contrats *litteris* existassent encore au temps de Justinien.

1018. — Elle ne convient pas en outre à toutes les époques : avant le VIIe siècle de Rome les con-

1 Girard, *Manuel*, p. 524, 555.
2 Gaius, 3, 89; Justinien, *Institutes*, 3, 13, 2.

Digitized by Google

trats consensuels n'existaient pas, et au ve siècle, les contrats formels comprenaient le contrat *per æs et libram*, tombé plus tard en désuétude.

1019. — **Autres divisions des contrats :** La division précédente repose sur le mode de formation des contrats : il en est d'autres qui reposent sur leurs effets. C'est ainsi que l'on oppose les uns aux autres les contrats *synallagmatiques*, qui font naître des obligations réciproques (vente, louage, société), et les contrats *unilatéraux* qui n'engendrent d'obligation qu'à la charge d'une seule des parties contractantes (*mutuum*, stipulation, expensilation).

1020. — Cette classification se complète par la catégorie des contrats *synallagmatiques imparfaits* qui, n'engendrant, au moment de leur formation, d'obligation qu'à la charge d'une des parties, sont l'occasion, plutôt que la source, d'obligations à la charge de la partie créancière : nous disons l'occasion plutôt que la source, parce que les obligations qui donnent *ex postfacto* à un contrat primitivement unilatéral un caractère synallagmatique, procèdent moins du contrat même que d'un fait extrinsèque au contrat. Soit un commodat (V. *infrà*, n. 1170) : le commodataire est d'abord seul tenu (de la restitution de la chose prêtée). Si la conservation de cette chose l'oblige à quelque dépense, le commodant sera tenu de lui rembourser ces dépenses.

1021. — Une autre division des contrats est la divison en *contrats de droit strict*, et *contrats de* bonne foi. Nous lui consacrons une étude spéciale dans la section suivante.

Digitized by Google

SECTION II

(**) Le *strictum jus* et la *bona fides*.

1022. — **Évolution dans les effets des contrats** : Tandis que les contrats du droit romain accomplissaient l'évolution au cours de laquelle les conventions les plus importantes et les plus usuelles se dégagèrent des liens étroits du formalisme, une évolution parallèle s'accomplissait dans les effets des contrats et arrivait à constituer, à côté de la classe des contrats de droit strict qui, dans le principe englobait tous les rapports contractuels, la catégorie des contrats de bonne foi.

1023. — **Les actions de droit strict et les actions de bonne foi** : Les contrats de droit strict sont sanctionnés par des actions de droit strict, les contrats de bonne foi par des actions de bonne foi. Les actions de bonne foi, qui n'ont pris naissance qu'après la loi Æbutia, sont caractérisées par les mots *ex fide bona* qui figurent dans leur *intentio* [1].

1024. — L'insertion de ces trois mots dans les *judicia bona fidei* a pour effet d'attribuer au juge des pouvoirs particulièrement étendus. La jurisprudence a déduit de la clause *ex fide bona* des conséquences de plus en plus considérables. On en est arrivé à permettre au juge de tenir compte dans la plus large mesure de l'intention réelle des parties, de rechercher ce qu'elles ont voulu. Le juge examinera : 1° *quod actum est* ; 2° si le de-

1 Cicéron, *de officiis*, 3, 17.

Digitized by Google

mandeur a un droit; 3° quelle est la quotité de ce droit [1]. Il tiendra compte du dol qui pourrait être reproché à l'une des parties, des usages et des clauses de style, présumant que les parties ont eu l'intention de les accepter. Enfin, le juge de l'action de bonne foi se placera au point de vue du défendeur aussi bien qu'au point de vue du demandeur. Si l'une des parties ne veut pas remplir son obligation, l'autre partie ne pourra en exiger l'exécution qu'à la condition d'être prête à remplir elle-même ses engagements : si le demandeur n'offrait lui-même de s'exécuter, le défendeur lui opposerait le moyen de défense que les anciens commentateurs du droit romain appelaient *exceptio non adimpleti contractus*.

Pour l'application des contrats de *droit strict*, le juge s'en tient étroitement à ce qui a été conclu, à la valeur fixée par les *verba* ou les *litteræ*.

1025. — La distinction des obligations de bonne foi et de droit strict entraîne, en procédure, une foule de conséquences pratiques.

1° Le défendeur à une action de droit strict qui soutient que l'équité ne permet pas de le condamner, doit faire insérer dans la formule l'*exception de dol* : ce n'est pas nécessaire dans les actions de bonne foi.

2° Nous verrons que la *compensation*, introduite de bonne heure dans les *judicia bonæ fidei*, ne fut admise dans les actions de droit strict qu'à l'époque de Marc-Aurèle (V. *infrà*, n. 1427).

3° La peine de la *plus petitio* est propre aux actions de droit strict : il est en effet impossible de

1 D. XVIII, 1. L. 80, 2 (Labéon).

Digitized by Google

commettre une *plus petitio* dans une formule qui abandonne tous les éléments de la demande à l'appréciation du juge; de *demander trop*, lorsque l'on demande « ce à quoi on aura droit d'après la bonne foi » (conf. 1re partie, n. 531-534).

4° Dans les actions *stricti juris* les fruits ne sont dus qu'à partir de la *litiscontestatio;* les intérêts des sommes d'argent ne courent même qu'à compter de la condamnation : dans les *judicia bonæ fidei* les fruits et les intérêts sont dus dès la mise en demeure (V. *infrà*, n. 1468).

5° La responsabilité des fautes n'est pas appréciée de la même façon dans les actions de bonne foi et dans les actions de droit strict (V. *infrà*, n. 1476 et s.).

1026. — **Contrats de droit strict et de bonne foi :** Tous les contrats furent d'abord formels et de droit strict : on enseigne souvent qu'ils étaient aussi tous *unilatéraux*. Nous hésitons un peu à appliquer cette dernière qualification aux contrats qui se formaient originairement par des stipulations réciproques (*emptio venditio*, *locatio conductio*, société).

Ce qui est certain c'est que les contrats consensuels n'ont apparu qu'après la loi Ebutia, qu'ils sont synallagmatiques (sauf un, le mandat, qui n'est qu'un contrat synallagmatique imparfait) et qu'ils sont tous de bonne foi.

A l'époque classique nous pouvons constater que :

1° Les contrats formels sont tous unilatéraux.

2° Qu'ils sont tous de droit strict (*expensilatio*, stipulation).

Digitized by Google

3° Que les contrats réels sont des contrats synallagmatiques imparfaits (commodat, dépôt, gage), sauf le *mutuum* qui est purement unilatéral; que le *mutuum* est de droit strict comme les contrats formels; que les trois autres sont de bonne foi.

4° Que tous les contrats consensuels sont synallagmatiques parfaits (sauf le mandat) et qu'ils sont sans exception, sanctionnés par des actions de bonne foi.

1027. — **Actions** *IN ÆQUUM ET BONUM CONCEPTÆ*[1]. On a cru longtemps que la division en actions de bonne foi et en actions de droit strict englobait toutes les actions romaines. Dans ces derniers temps, une analyse plus approfondie des textes a conduit les romanistes à reconnaître l'existence d'une troisième catégorie d'actions que l'on avait jusque-là confondues avec les actions de bonne foi : « les actions *in æquum et bonum conceptæ* ».

1028. — Quelles sont donc les différences entre les actions *in æquum et bonum conceptæ* et les actions de bonne foi?

Il y en a deux essentielles :

1° Une différence de fond : l'action de bonne foi sanctionne un rapport contractuel ou quasi-contractuel; l'action *in æquum et bonum concepta* est une action pénale ou plus exactement délictuelle (V. *suprà*, n. 915).

Le juge apprécie un préjudice causé par un délit (et non par l'inexécution d'un contrat) et prononce une peine dont il mesure le chiffre.

2° Une différence de forme : dans l'action de bonne foi c'est dans l'*intentio* qu'il est fait mention de la *bona fides :* — dans l'action *in æquum et bonum concepta,* la mention de la bonne foi n'apparaît qu'à la *condemnatio* et sous cette forme : « *quanti æquius melius videbitur condemna* ».

1029. — **Principales actions** *IN ÆQUUM ET BONUM CONCEPTÆ*. Dans cette catégorie d'actions doivent être classées l'action *injuriarium,* l'action *funeraria* (donnée à celui qui

1 V. Paul Thomas, *Observations sur les actions « in bonum et æquum conceptæ. »* Nouvelle Revue historique, 1901, p. 579.

Digitized by Google

avait fait les frais des obsèques d'une personne que ses héritiers laissaient sans sépulture), l'action *rei uxoriæ*, au moins à son origine.

1030. — On s'étonnerait de voir l'action *rei uxoriæ* ainsi classée parmi les actions délictuelles si l'on ne songeait qu'elle était dans le principe destinée seulement à punir un *repudium* injustifié.

Le *judicium de moribus* qui fonctionna comme *mutua petitio* (V. *infrà*, n° 1420) à côté de l'action *rei uxoriæ* avant de s'être confondu dans cette action au moyen du système des rétentions (V. 1re partie, n. 852), était aussi une action *in æquum et bonum concepta.*

1031. — Dans l'action de bonne foi le juge peut aller jusqu'à refuser toute condamnation. Dans l'action *in æquum et bonum concepta*, il est obligé de condamner si les faits sont prouvés, sauf d'ailleurs à réduire la condamnation à une somme dérisoire.

1032. — Valérius Flaccus nous fournit sur ce point un exemple très original : Titinius de Minturnes vivait de la prostitution de sa femme Fannia. A un moment donné, Titinius répudia Fannia. Celle-ci réclama sa dot. Titinius riposta en intentant un *judicium de moribus.* Le juge du procès fut Marius. — Le guerrier qui, ce jour-là, conquit une place honorable auprès de Salomon, condamna Titinius à la restitution de la dot, et Fannia dont les *graviores mores* n'étaient que trop prouvés à un sesterce (0 fr. 25) d'amende !

SECTION III

L'obligation naturelle.

1033. — **Notion de l'obligation naturelle :** Les obligations proprement dites sont de droit strict ou de bonne foi : le caractère de l'action qui les sanctionne peut varier entre ces deux termes, mais elles aboutissent toutes à une action.

Le droit romain donne cependant, plus ou moins

Digitized by Google

improprement, le nom d'*obligations naturelles* à des droits personnels qui ne sont pas sanctionnés par une action : et cette terminologie a passé dans notre législation.

1034. — **Définition :** L'obligation naturelle a été définie par un romaniste : un lien de l'équité naturelle qui nous oblige devant la loi civile, mais imparfaitement et sans accorder d'action [1].

1035. — **Causes et époque de l'introduction des obligations naturelles dans le droit romain :** Les règles de la législation romaine sur les conditions de la naissance et de l'extinction des obligations contractuelles n'étaient pas en harmonie avec le sentiment de l'équité, comme cela arrive souvent aux législations primitives. Le droit se spiritualisa avec le progrès des mœurs et, sous l'influence de la philosophie grecque, au premier siècle de l'ère chrétienne, les jurisconsultes édifièrent la théorie des obligations naturelles, devoirs de conscience, que le législateur a omis de sanctionner, ou qu'un obstacle de droit civil l'a empêché de sanctionner [2].

1036. — **Effets des obligations naturelles :** 1° L'acquittement d'une obligation naturelle, même lorsqu'il a eu lieu par erreur, c'est-à-dire lorsque la dette a été payée par une personne qui se croyait à tort exposée à des poursuites n'est pas sujette à la *condictio indebiti* (V. *infrà*, n. 1364) [3].

2° L'obligation naturelle peut être garantie par

1 Molitor, *Obligations*, t. I, p. 35.
2 Sénèque, *de benef.*, 6, 4, 7.
3 Dig., de *fidej.*, 16, 4 (Julien).

Digitized by Google

une sûreté personnelle ou réelle (fidéjusseur, gage, hypothèque)[1].

3° Dans certains cas exceptionnels, et non point en général, comme on l'a longtemps enseigné, l'obligation naturelle peut être opposée en compensation (V. *infrà*, n. 1418)[2].

4° Une obligation naturelle peut être novée, et par suite convertie en obligation civile[3].

1037. — **Sources des obligations naturelles** : Sont tenus d'une obligation naturelle :

1° L'esclave qui a joué le rôle de débiteur dans un contrat (Le fils de famille dans le même cas est tenu d'une obligation civile)[4].

2° La personne *alieni juris* débitrice de son chef de famille, ou le *paterfamilias* débiteur envers une personne qu'il a sous sa puissance[5].

3° L'individu *alienis juris* qui s'est engagé envers une personne soumise à la puissance du même chef de famille[6].

4° Le pupille qui s'est engagé sans l'*auctoritas* de son tuteur. Mais, sur ce point, les textes ne sont pas d'accord : on a essayé de les concilier sans beaucoup de succès; et nous sommes portés à croire à une dissidence entre les jurisconsultes. Les textes anciens (fragments de Licinius Rufinus, de Nératius) déclarent positivement que le pupille qui a contracté sans l'*auctoritas* du tuteur *nec natura debet;* mais de nombreux textes postérieurs proclament l'existence d'une obligation naturelle : il est probable que c'est cette dernière doctrine qui finit par prévaloir[7].

5° Le fils de famille qui a emprunté malgré la prohibition du S.-C. macédonien (V. *infrà*, n. 1152).

6° Le *capite minutus* dont les obligations civiles ont été éteintes par la *capitis deminutio minima* (V. *infrà*, n. 1496).

1 Dig., *Ibid.*, 16, 3; *de pign.*, 5 pr.
2 V. Girard, *Manuel*, p. 630, n. 2.
3 Dig., *de nov.*, 1, 1.
4 Dig., *de obl. et act.*, 14 (Ulpien).
5 Dig., *de cond. indeb.*, 38 (Africain).
6 *Ibid.*
7 Dig., *de cond. ind.*, 41 (Nératius); *de obl. et act.* (Licinius Rufinus); *ad. legem. Falc.*, 21 pr. (Paul); *Quando dies*, 25. 1 (Papinien).

Digitized by Google

De vives controverses se sont élevées sur le point de savoir : 1° si le *nudum pactum* faisait naître une obligation naturelle; — 2° si le *verus debitor* absous restait obligé naturellement; — 3° si la prescription libératoire laissait subsister une obligation naturelle. — Nous ne pouvons leur donner place ici.

(**) CHAPITRE II

Éléments essentiels des contrats.

1038. — La formation de tout contrat exige le concours de trois éléments essentiels : 1° un objet; 2° une cause ; 3° un accord de volonté (*consensus*).

SECTION I

De l'objet.

1039. — **Définition :** « L'objet du contrat (*id quod debetur*) est la prestation à laquelle le débiteur s'engage envers le créancier ». Dans les contrats synallagmatiques, chacune des parties est à la fois débitrice et créancière de l'autre : l'objet de ces contrats est donc différent suivant qu'on l'envisage par rapport à l'un ou à l'autre des contractants. Dans une vente, l'objet du contrat est pour le vendeur le prix, pour l'acheteur la chose vendue.

1040. — **Possibilité de l'objet :** La prestation (et nous prenons le mot dans son sens le plus général qui comprend les dations, les faits et les

Digitized by Google

abstentions) doit être possible. Il n'y a pas de contrat si j'achète un « hippocentaure » ou même si j'achète un objet qui n'est pas dans le commerce, comme un temple ou un homme libre[1].

1041. — **Licéité de l'objet :** La prestation doit de plus être licite : je ferai un contrat nul si je loue par exemple les services d'un individu à l'effet de tuer mon ennemi.

1042. — **Détermination de l'objet :** L'objet de l'obligation doit être déterminé ; il peut consister soit dans un *genus* comme un cheval, cent mesures de blé — ou dans un corps certain comme « l'esclave Stichus » ; il peut consister dans une *res sperata*, par ex. : une récolte sur pied, et même dans une *spes* ou *alea*, comme le coup de filet d'un pêcheur ou la chasse d'un oiseleur (*captus avium vel piscium*).

1043. — **Utilité de l'objet :** Il faut de plus que l'objet de l'obligation présente un intérêt pour le créancier : là où il n'existe point d'intérêt, il n'existe point non plus d'action. C'est pour cela que je ne puis stipuler ce qui m'appartient déjà[2].

1044. — **Stipulation pour autrui :** On ne peut stipuler que pour soi : « *Nemo potest alteri stipulari* ». Quel est le motif de cette règle ? *C'est qu'on ne peut entraver la liberté d'un tiers qu'autant qu'on y a intérêt.* Je m'explique : la liberté peut jusqu'à un certain point être *aliénée ;* mais elle ne peut être *abdiquée.* L'homme qui renonce à sa

1 Gaius, 3, 97.
2 Gaius, 3, 99.

Digitized by Google

liberté, sans donner à un individu déterminé le droit de le contraindre à quelque chose, n'est pas moins libre après qu'avant. Or s'engager vis-à-vis d'une personne à laquelle cela ne procure aucun avantage c'est moins aliéner sa liberté que l'abdiquer, et celui qui abdique sa liberté *nihil agit*.

C'est ce qui arrive lorsque quelqu'un stipule au profit d'autrui. L'obligation du promettant est sans effet, parce que le stipulant n'a aucun intérêt à l'exécution de cette obligation, et que la stipulation est, quant à lui, *sans objet*.

Mais, dira-t-on, si le stipulant n'a pas d'intérêt à l'exécution de l'obligation, il n'en est pas de même de la personne au profit de laquelle la stipulation a eu lieu? Sans doute, mais celle-ci pourra-t-elle réclamer l'accomplissement de la convention? Non, car le promettant ne s'est pas engagé vis-à-vis d'elle. Ainsi, pas d'intérêt d'un côté, pas de moyen de contrainte de l'autre; la liberté du promettant reste entière.

1045. — Les Romains tiraient de ce principe des conséquences qui nous paraîtraient aujourd'hui fort exagérées. — Ainsi ils déclaraient nulles : 1° la stipulation « *post mortem meam* »; — 2° la stipulation « *pridie cum moriar* » parce que, disaient-ils, ce n'est qu'après la mort d'un individu qu'on peut déterminer la *veille de sa mort*[1] (Mais, par une singulière inconséquence, ils déclaraient valable la stipulation « *cum moriar* » sous prétexte que « le moment de la mort est le dernier moment de la vie) »[2]; — 3° la stipulation « *heredi meo* » qu'ils considéraient comme sans intérêt pour le stipu-

1 Gaius, 3, 100.
2 *Ibid.*

Digitized by Google

lant[1]; ils validaient au contraire la stipulation « *mihi et heredi meo* ».

Nous croyons que la conception des jurisconsultes romains était fausse et qu'ils confondaient, en la matière, l'*exigibilité* de l'obligation avec son existence.

1046. — Justinien abolit d'ailleurs toutes ces subtilités, et déclara valables toutes les stipulations *cum moriar*, *heredi meo*, etc., dont l'exécution était différée jusqu'à la mort du stipulant[2].

1047. — **Promesse pour autrui :** On ne peut obliger que soi : nul ne peut disposer de la liberté d'autrui, parce que nul ne peut aliéner ou engager ce qui ne lui appartient pas[3].

Mais on peut « *se porter fort* » pour un *tiers*, c'est-à-dire promettre de faire en sorte (*effecturum se ut*...) qu'un tiers accomplisse tel ou tel acte. Ce n'est pas le *fait du tiers* qui constitue l'objet de l'obligation, c'est le *fait même du promettant*. Aussi, au cas où le résultat promis ne se réalise pas, n'est-ce pas le tiers étranger au contrat qui est tenu de payer les dommages-intérêts, c'est le promettant qui a trop préjugé de son influence et qui se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son engagement.

1048. — **Validation de la stipulation pour autrui par le moyen d'une clause pénale :** C'est le défaut d'intérêt et par suite de moyen de contrainte qui rend nulle la stipulation pour autrui. Le stipulant peut faire naître cet intérêt et se pro-

1 Gaius, *loc. cit.*
2 *Institutes*, 3, 18.
3 *Instit.*, 3, 19.

Digitized by Google

curer un moyen de contrainte à l'aide de l'adjonction d'une clause pénale : « Promettez-vous 1.000 à *Primus*, et, si vous n'exécutez par votre engagement, me promettez-vous 100 à titre de peine? » Le contrat sera valable et, si le promettant ne s'exécute pas au profit de *Primus*, le stipulant pourra poursuivre le paiement de la peine[1].

SECTION II

De la cause.

1049. — La théorie de la *cause* que Domat a fort inopportunément transportée dans notre ancien droit, qui a passé de Domat dans Pothier et de Pothier dans notre Code civil, est en réalité une théorie toute romaine.

1050. — **Sens du mot « *Causa* » :** Le mot *causa* ne désigne pas autre chose, dans la langue des jurisconsultes romains, que le *fait générateur* de l'obligation, la *source* de l'obligation.

1051. — *Causa naturalis :* Les textes distinguent la *causa naturalis* et la *causa civilis* de l'obligation. La *causa naturalis* est ce que nous appelons la *cause impulsive* ou le *motif* du contrat, la raison qui détermine une partie à contracter. Cette *causa naturalis* se confond avec l'objet même du contrat dans les contrats consensuels à titre onéreux. Prenons, par exemple, une vente. Quelle est la *cause* qui détermine le vendeur ? c'est le désir de toucher le prix de vente, et l'obtention de ce prix de vente est aussi l'*objet* du contrat. —

1 *Instit.*, 3, 19.

Digitized by Google

Quelle est la *cause* qui fait agir l'acheteur? le désir d'acquérir la chose à vendre; et l'acquisition de cette chose fait aussi l'objet du contrat.

1052. — S'agit-il, au contraire, d'un contrat de bienfaisance, d'une donation? la *cause* qui fait agir le donateur n'est pas autre chose que son désir de faire du bien au donataire, par conséquent le *motif* de la libéralité.

Il n'y aurait donc aucun inconvénient à supprimer la notion de la *causa naturalis* pour ne laisser subsister que les deux notions avec lesquelles elle se confond : la notion de l'*objet* et celle du *motif* du contrat.

1053. — *Causa civilis* : Mais, dans les contrats formels, on voit surgir la notion de la *causa civilis;* et cette *causa civilis* consiste dans la *forme* même du contrat. C'est ainsi que, dans la stipulation, la *causa civilis* consiste dans les paroles prononcées [1]; que, dans l'expensilation, il ne faut pas la chercher ailleurs que dans la mention portée sur le *codex* du créancier [2].

Peu importe que l'obligé n'ait eu aucune bonne raison de promettre, ou de se laisser débiter sur le *codex* du créancier; par cela seul que la formalité génératrice de l'obligation a été accomplie, l'obligation existe : *forma dat esse rei*. Il y a donc dans la *causa civilis* un élément du contrat qui ne se confond ni avec l'*objet* ni avec le *motif* [3].

1054. — Telle est la rigueur du droit ancien : mais, à l'époque classique, lorsque l'obligation

1 Gaius, 4. 116.
2 Gaius, *loc. cit.*
3 Dig., L. 1, *de pactis*, § 3 (Ulpien).

Digitized by Google

née d'un contrat formel repose sur la croyance erronée à une *causa naturalis* qui n'existait pas, ou à une *causa naturalis* légitime, alors que cette *causa naturalis* était illicite, le préteur rend la *causa civilis* de l'obligation inefficace en permettant au débiteur de paralyser par l'exception de dol l'action dirigée contre lui. — Le droit civil va plus loin et donne au débiteur engagé sans *causa naturalis* une *condictio indebiti* pour réclamer ce qu'il a payé, s'il s'est déjà exécuté, et, s'il ne s'est pas encore exécuté, une *condictio sine causa* pour obtenir sa libération[1].

Il s'ensuit que la question qu'il reste au juge à examiner n'est que la question de l'existence ou de l'inexistence soit d'un objet, soit d'une cause impulsive de l'obligation. En cet état du droit, la notion de la *causa civilis* est devenue une superfétation.

1055. — Dans notre droit, où jamais la *causa civilis* n'a suffi à faire tenir debout une obligation qui ne s'appuie pas sur une *causa naturalis* (contrat onéreux sans objet, ou donation provoquée par une cause impulsive erronée ou illicte), l'introduction de la notion distincte de la cause ne pouvait servir qu'à faire surgir des théories compliquées qui divisent ceux qui les formulent et désespèrent ceux qui les lisent[2].

1 Voir au Digeste les titres *de cond. sin. causa et de cond. ob turpem vel injust. caus.*

2 Conf. Planiol, *Traité élém. du droit civil*, t. II, p. 318-324.

Digitized by Google

SECTION III

Du consentement.

1056. — *Consensus :* Le troisième élément nécessaire à la formation des contrats est le consentement des parties qui s'obligent; car, ainsi que nous l'avons dit, si toute convention n'est pas un contrat, tout contrat est une convention.

1057. — Le consentement d'une partie contractante a besoin, pour valoir, de n'être vicié ni par l'erreur, ni par le dol, ni par la violence, ni par l'incapacité.

1058. — **Erreur** : L'erreur est une croyance à une chose fausse. *Non videntur qui errant consentire*[1]. L'erreur peut être *essentielle* ou *accidentelle :* l'erreur accidentelle ne vicie pas le contrat qui en est infecté, l'erreur *essentielle* le rend annulable. Mais pour déterminer les cas d'erreur *essentielle*, il n'y a pas de règle absolue[2*].

1059. — Sans entrer dans l'examen des discussions auxquelles se sont livrés les commentateurs du droit romain, nous nous arrêtons à ce critérium : l'erreur est-elle de telle nature que, sans elle, la partie qui s'est trompée n'eût pas contracté? l'erreur sera réputée *essentielle* (on dit aussi *substantielle*) et le contrat sera nul.

1 Dig., L. 116, 2, *de reg. juris* (Ulpien).

2* Toutefois on distingue l'*error in negotio* (erreur sur la nature du contrat), l'*error in persona* et l'*error in corpore* (sur l'identité de la chose), qui entraînent la nullité du contrat, de l'*error in substantia* (erreur sur la qualité) et de l'*error in quantitate* qui ne l'entraînent pas. Conf. Girard, *Manuel*, p. 449 et 450.

Digitized by Google

Nous remarquons ici qu'à la différence de ce qui se passe dans notre droit (art. 1617, C. civ.), l'erreur substantielle est une cause de nullité absolue à l'*encontre des deux parties*, et non une cause de nullité relative existant seulement au profit de la partie qui a erré.

1060. — **Dol** : En ce qui concerne le dol nous renvoyons aux explications précédemment données (V. *suprà*, n. 957 à 973).

1061. — **Violence** : Ce vice du consentement et ses conséquences ont été également étudiés plus haut (V. *suprà*, n. 974 à 977).

SECTION IV

De la capacité.

1062. — Pour contracter valablement il faut être capable de s'obliger. — La capacité étant la règle, nous n'avons à nous préoccuper que des exceptions.

Il faut distinguer, en cette matière, les incapacités de droit et les incapacités de fait (V. *Première partie*, n. 355).

1063. — **Incapables de droit** : sont incapables de droit :

1° L'esclave : il peut bien devenir créancier et, dans ce cas, la créance est acquise à son maître, mais il ne peut devenir débiteur en vertu d'un contrat, *car il n'a pas de personnalité*, et il ne peut pas non plus obliger son maître, le rendre débi-

Digitized by Google

teur d'un tiers[1]. Nous verrons qu'une dérogation est apportée à ce principe par les actions *adjectitiæ qualitatis* (V. *infrà*, n. 1306 et s.).

2° Le pérégrin, en ce qui concerne les contrats de droit civil qui exigent le *jus commercii* (*nexum*, *expensilatio*); — mais il peut figurer activement et passivement dans tous les contrats du droit des gens (vente, louage, société, mandat, etc...).

1064. — **Incapables de fait**. — Sont incapables de fait :

1° Les aliénés et les *infantes* : ils ne peuvent figurer dans un contrat ni comme créanciers, ni comme débiteurs.

2° Les prodigues : ils peuvent devenir créanciers, mais non débiteurs.

3° Les impubères *pubertati proximi* peuvent devenir créanciers; — ils peuvent, s'ils sont *sui juris*, devenir débiteurs avec l'*auctoritas* de leurs tuteurs, mais non sans elle.

4° Les mineurs de vingt-cinq ans, dans le dernier état du droit, peuvent bien devenir créanciers, mais ils ne peuvent s'obliger qu'avec le consentement de leur curateur (Voir l'histoire de cette évolution dans notre *Première partie*, n. 408-417).

5° Les femmes pubères, jusqu'à la disparition de la tutelle des femmes (après Dioclétien), sont dans le même cas que les impubères : elles peuvent acquérir une créance, mais non contracter une dette sans l'*auctoritas* de leur tuteur. Elles sont de plus frappées d'une incapacité spéciale en ce qui concerne l'*intercessio* (V. *infrà*, n. 1581 et s.).

1 Dig., L. 22, *de reg. juris* (Ulpien); Gaius, 3, 104.

Digitized by Google

1065. — **Capacité du fils de famille :** Il est possible qu'à une époque reculée les personnes soumises à la *patria potestas* aient été frappées de l'incapacité de s'obliger comme celles qui se trouvaient *in dominica potestate;* dans tous les cas, cette incapacité n'existe plus à l'époque classique [1].

1066. — *Sénatus-consulte Macédonien :* La capacité des fils de famille fut restreinte, en matière de *mutuum*, par le sénatus-consulte Macédonien, dont la date précise est ignorée, mais qui est placé par certains historiens sous Claude [2] et par d'autres sous Vespasien [3]. A la suite d'un parricide commis par un *filius familias* qui assassina son père dans le but de payer avec l'hérédité paternelle les emprunts qu'il avait contractés, le *mutuum* fut interdit aux fils de famille. Le nom du sénatus-consulte (*S.-C. Macedonianum*) vient de ce que le fils de famille obéré était un certain *Macedo* [4].

1067. — En vertu du sénatus-consulte Macédonien, le fils poursuivi par un prêteur pouvait repousser l'action de son créancier au moyen d'une exception perpétuelle : *exceptio S.-C. Macedoniani.* — Le père bénéficiait de la même exception, si, à raison de la dette de son fils, on intentait contre lui une action *de peculio* (V. *infrà*, n. 1312) [5].

1 Dig., L. 39, *de obl. et act.* (Gaius).
2 Tacite, *Annales*, XI, 14.
3 Suétone, *D. Vespasianus*, 11.
4 Théophile, *paraph.* et Dig., L. 5. *princ.* de *Sénat.-cons. Macéd.*
5 D'après M. Jobbé-Duval, le préteur sanctionnait le S.-C. Macédonien par un autre procédé que par l'exception. C'était en refusant au demandeur de lui délivrer la formule : *denegatio actionis* (M. Jobbé-Duval, à son cours).

Digitized by Google

Le sénatus-consulte laissait toutefois subsister une obligation naturelle à la charge du fils de famille emprunteur, et, si celui-ci avait payé sa dette sans opposer l'*exceptio S.-C. Macedoniani*, il ne pouvait exercer la *condictio indebiti*[1].

1068. — **Capacité de la** *FILIA FAMILIAS* : En dehors de la prohibition portée par le sénatus-consulte Macédonien, le fils de famille est, avons-nous dit, pleinement capable de contracter. En est-il de même de la fille de famille? C'est une question controversée.

Les auteurs qui affirment la capacité de la *filia familias* fondent principalement leur opinion sur deux textes[2] :

1° Un texte d'Ulpien où il est dit que le S.-C. Macédonien est applicable à la *filia familias*. — Si, dit-on, il a fallu le S.-C. Macédonien pour retirer à la *filia familias* la capacité de contracter un *mutuum*, c'est qu'elle avait la capacité générale de contracter[3].

2° Un texte de Gaius, inséré au Digeste, d'après lequel la fille *impubère* est incapable de contracter au même titre que le *pupillus* du sexe masculin. — D'où l'on tire cette conclusion que la fille pubère est capable de contracter[4].

1069. — Le passage de Gaius était depuis longtemps suspecté d'interpolation : on supposait que Justinien avait bien pu remplacer par les mots *filia impubere* les mots *filia pubere;* et que c'était précisément la fille *pubère* que le jurisconsulte avait voulu assimiler au *pupillus* à raison d'une incapacité identique.

La question est aujourd'hui tranchée, en ce qui concerne le passage suspect : la dernière lecture du § 104, Comm. 3 de Gaius par Studemund confirme, de la manière la plus positive, l'incapacité générale de la *filia familias* à l'époque des Antonins : *servus quidem et qui in mancipio est et* FILIA FAMILIAS... *non solum ipsi, cujus juri subjecti subjectæve sunt obligari non possunt,* SED NE ALII QUIDEM ULLI.

1 Dig., *de Senat.-cons. Macéd.* 10 (Paul) ; 11 (Ulpien).
2 Adde : *Frag. Vat.*, 99 : « *Paulus respondit filiam familias ex dotis dictione obligari non potuisse* ».
3 Dig., L. 9, 2, *de Senat.-cons. Maced.* (Ulpien).
4 Dig., *de verb. obl.*, 141, 2 (Gaius).

Digitized by Google

« La *filia familias* ne peut s'engager non seulement envers son chef de famille, mais *envers personne* [1] ».

1070. — Reste le texte d'Ulpien : M. Girard l'explique en ce sens que : 1° la *filia familias* peut, sans s'obliger elle-même, obliger son *paterfamilias de peculio* par les contrats qui enrichissent son pécule (une esclave en ferait autant, quoiqu'elle soit incapable de contracter une obligation); — 2° il est un contrat par lequel elle n'engagera pas son *paterfamilias* même *de peculio :* c'est le *mutuum*; — et cela par une application soit positive, soit extensive du S.-C. Macédonien. — « *Nec interest,* continue le texte, *an extent* (*nummi*) *in peculio* ». C'est donc bien de l'action *de peculio* qu'il s'agit.

Et l'on conclut que le droit classique n'a pas admis cette anomalie : la femme *alieni juris* capable, quand la femme *sui juris* ne l'était pas. — L'incapacité de la *filia familias* ne dut disparaître, comme la tutelle des femmes, que postérieurement au règne de Dioclétien.

(**) CHAPITRE III

Éléments accidentels des contrats.

1071. — **Modalités :** Ces éléments accidentels des contrats sont ce qu'on appelle les *modalités* des contrats : clauses qui modifient les conditions d'existence, d'exigibilité ou d'extinction des obligations. Ces modalités sont en grand nombre. Les principales sont le terme et la condition, mais il y a en outre l'*alternative* (*modus*) [2], la *facultas solutionis*, le lieu d'exécution (*locus*), etc., etc... Nous ne nous occuperons ici que de celles qui affectent

1 Gaius, 3, 104.
2 Dig., L. 44, pr. *de oblig. et act.* (Paul).

Digitized by Google

l'existence ou l'exigibilité des obligations. Celles qui affectent leur extinction seront étudiées au titre de l'extinction des obligations (V. *infrà*, n. 1449 et s.).

Les principales modalités affectant l'existence ou l'exécution des obligations sont le terme suspensif et la condition suspensive.

1072. — **Terme suspensif** : Le terme suspensif est un événement *futur* et *certain* dont les parties contractantes ont fait dépendre l'exigibilité d'une obligation.

Le terme suspensif (*dies a quo*) n'empêche pas l'obligation de naître : le créancier ne peut exiger l'exécution, et, s'il poursuivait le débiteur, il encourrait la peine de la *plus petitio* : mais l'obligation n'en existe pas moins et, si elle a été acquittée avant l'échéance du terme, le débiteur ne peut exercer la *condictio indebiti*[1].

1073. — Le créancier à terme peut demander la *separatio bonorum* contre les créanciers de l'héritier; il prend part à la distribution du dividende payé par le *familiæ emptor* en cas de *publicatio bonorum* du débiteur[2].

1073 *bis*. — Le débiteur peut renoncer au bénéfice du terme, sauf dans le cas où ce terme aurait été stipulé dans l'intérêt du créancier.

1074. — **Condition suspensive** : (*conditio a qua*) : La condition suspensive est un événement *futur* et *incertain* dont les parties contractantes

1 *Instit. de verb. obl.* 2.; Dig., L. 19, *de cond. indeb.*

2 *De separat.* 4 pr. (arg. *a fortiori*) (Papinien) et *quibus ex caus. in possess. eatur* 6 pr. (Paul).

Digitized by Google

font dépendre l'existence même de l'obligation (*si navis ex Asia venerit*).

Tant que l'événement ne se réalise pas, il n'y a pas réellement obligation « *spes est tantum debitum iri* » (*Instit. de verb. obl.*, § 4).

En conséquence, le débiteur qui paie avant la réalisation de la condition paie un *indebitum* et il a la *condictio indebiti* [1].

1075. — *Condition impossible ou illicite.* — La condition ne doit être ni impossible ni illicite. Une condition illicite ou impossible (*si ante pubertatem nupserit, si barbaro habitu processerit, si cœlum digito tetigeris*) a pour effet de rendre nulle la convention qui en est affectée [2]. Il est à remarquer que lorsqu'elle est ajoutée non à un contrat, mais à un legs, elle est simplement réputée non écrite [3].

1076. — Est réputée non écrite, même dans un contrat, la condition impossible ou illicite négative : « *spondes ne centum si cœlum digito non tetigero? si filia mea ante pubertatem non nupserit?* » Dans toutes ces hypothèses le contrat est réputé pur et simple [4].

1077. — *Condition potestative.* — Il n'y a pas d'obligation lorsque la condition est *potestative* de la part de celui qui s'oblige, c'est-à-dire lorsqu'il dépend de la volonté du promettant d'en produire ou d'en empêcher la réalisation : « *spondes ne decem si in Capitolium non ascenderis?* » En effet,

1 Dig., *de cond. ind.* 16 pr. (Pomponius).
2 *Instit. de inut. stip.*, § 11 ; Dig., *de verb. obl.*, 81.
3 Gaius, 3, 98. Le droit classique annulait, et Justinien valide (en effaçant *hodie*) la stipulation *prépostère* « *Si navis cras ex Asia venerit, hodie dari spondes* ».
4 Dig., *de verb. obl.*, L. 46 (Paul).

Digitized by Google

n'être obligé que *si l'on veut*, c'est n'être pas obligé du tout.

1078. — *Effets de la défaillance ou de l'événement de la condition* : Si la condition vient à défaillir, tout se passe comme si les parties n'avaient jamais contracté. Si elle se réalise, le contrat est réputé avoir existé *ab initio :* on dit assez habituellement que la réalisation de la condition a un effet rétroactif au jour du contrat. Il y a peut-être une exagération de langage dans cette expression consacrée.

Ainsi la stipulation d'une chose appartenant au stipulant au jour de la convention devrait être nulle par application du principe de la rétroactivité, tandis que les textes la déclarent valable si, lors de la réalisation de la condition, la chose a cessé d'appartenir au stipulant [1]. La vente conditionnelle devrait être validée quand même l'objet vendu aurait péri entre le contrat et la réalisation de la condition, et elle est nulle dans cette hypothèse. La théorie de la rétroactivité de la condition est donc une construction juridique quelque peu artificielle, que les législations les plus récentes tendent à écarter.

1 Dig., *de verb. obl.*, 31 (Pomponius).

Digitized by Google

CHAPITRE IV

Des diverses sortes de contrats.

SECTION I

Contrats formels.

1079. — **Enumération :** Les contrats formels sont : 1° le *nexum* ; — 2° le groupe des contrats verbaux (stipulation, *jurata promissio liberti*, *dictio dotis*) ; — 3° le contrat littéral (*expensilatio*).

§ I. — Le nexum.

1080. — **Caractère et forme du *nexum* :** Le *nexum* remonte à une très haute antiquité. Festus le définit « *quodcumque per æs et libram geritur* [1] » : d'où l'on a conclu pendant longtemps que le *nexum* n'était pas un contrat spécial, mais bien une forme que pouvaient revêtir tous les contrats.

M. Girard pense au contraire que le *nexum* n'était d'abord qu'un contrat de prêt, que, dans le principe, la pesée des espèces ou plutôt des lingots prêtés, était réelle, comme la pesée du prix de vente dans la mancipation, et qu'elle n'est devenue symbolique (toujours comme dans la mancipation) qu'après l'introduction de la monnaie [2].

1 Festus, *de verborum signif.*, v° *Nexum* ; Varron, *de ling. lat.* 7. 105.
2 La forme *per æs et libram*, a pu être alors généralisée.

Digitized by Google

1081. — On se figurait naguère encore que, dans le *nexum*, le débiteur se mancipait lui-même avec sa famille; et que c'était à la suite de cette mancipation de l'obligé que le créancier acquérait la *manus injectio* par laquelle le contrat de *nexum* était sanctionné. On fait aujourd'hui remarquer avec beaucoup de raison qu'une pareille mancipation ferait naître au profit du créancier acheteur sous condition de la personne et de la famille de son débiteur une *vindicatio* et non une *manus injectio.*

1082. — Le matériel, le personnel, les cérémonies du *nexum* (présence du *libripens* et des témoins, balance, etc.) devaient servir non à consacrer la vente du débiteur, mais à effectuer ou plus tard à simuler la pesée de la valeur prêtée [1].

1083. — *La nuncupatio :* Le droit à l'exécution par la *manus injectio* naissait non pas tant de cette cérémonie que de la *nuncupatio*, déclaration solennelle qui contenait une *damnatio* prononcée contre le débiteur soit par le créancier, soit par le débiteur lui-même. Nous n'avons pas les termes de cette *damnatio*, mais nous pouvons en avoir une idée par la formule de la libération *per æs et libram* qui nous a été conservée par Gaius. « *Quod ego tibi condemnatus sum* ... ». Il y a donc eu une *damnatio* [2].

1084. — *Désuétude du nexum :* On connaît la situation très dure qui était faite à l'obligé par le contrat de *nexum*, condition qui entraîna tant de mouvements populaires au premier siècle de la République. Un de ces mouvements provoqua l'abolition du *nexum* par la loi Pœtelia Papiria (Pœtelius et Papirius Cursor, Coss. 428 de R. [3]).

1084 *bis.* — L'abolition du *nexum?* Est-ce bien tout à fait exact? Les consuls, dit Tite-Live, furent invités à proposer une loi aux termes de laquelle les *nexi* furent libérés (*soluti*) et il fut défendu pour l'avenir *ne necterentur :* ce qui peut se

1 Girard (*Manuel*), p. 468.
2 Gaius, 3, 174.
3 Tite-Live, 8, 28.

Digitized by Google

traduire par « qu'il fut contracté d'engagement sous la forme du nexum[1] ».

Mais comme, d'autre part, Tite-Live nous dit que l'exécution sur la personne des débiteurs fut reportée sur les biens, on en peut conclure que le *nexum* fut plutôt atteint dans ses effets que dans sa forme.

Ce qui donne du poids à cette dernière interprétation de la loi Pœtelia Papiria, c'est que Gaius nous présente la libération *per æs et libram* comme s'appliquant de son temps au contrat formé *per æs et libram*. Ce contrat, dans lequel il n'est pas difficile de reconnaître le *nexum*, existait donc encore au temps de Gaius?

Le *nexum* n'aurait pas, d'après les romanistes récents, été aboli par la loi Pœtelia Papiria, mais dépourvu de la sanction qui en avait fait autrefois un contrat rigoureux, il serait tombé en désuétude[2].

§ II. — Les contrats verbaux.

1085. — Il y a trois contrats verbaux : la *stipulation*, la *dictio dotis*, et la *jurata promissio liberti*. La stipulation est de beaucoup le plus important de tous; c'est même le plus important de tous les contrats du droit romain, car on la fait intervenir même dans des contrats qui pourraient être sanctionnés en dehors d'elle, par exemple dans un *mutuum* où l'obligation résulterait de la numération des espèces sans promesse de restitution, dans un contrat de société qui peut se former *solo consensu*, etc.[3].

A. — LA STIPULATION.

1086. — **Origine de la stipulation** : L'origine de la stipulation et la date de son introduction sont très controversées. D'après un système longtemps en faveur, tous les con-

1 Tive-Live, *loc. cit.*

2 *Sic*, Girard, *Manuel*; MM. Jobbé-Duval, Audibert, à leurs cours.

3 Voyez *Triptyques de Transylvanie*. Girard, *Textes*, p. 167.

Digitized by Google

trats formels romains dériveraient du *nexum* dont la stipulation ne serait qu'une simplification[1].

1087. — Dans un autre système, mieux fondé à notre sens, on enseigne que la stipulation aurait pour origine le serment promissoire que la partie obligée prêtait devant les autels des Dieux, notamment devant le grand autel d'Hercule. L'obligation qui résulte de la stipulation serait une *obligation religieuse laïcisée*[2].

Le mot *sponsio* qui désigne la promesse du débiteur viendrait du grec σπόνδαι libation. Cette étymologie est au moins discutable.

Le mot de *stipulation* lui-même viendrait, suivant Isidore de Séville de *stipula* (synonyme de *festuca*)[3]; suivant Festus de *stips* (monnaie)[4]; suivant Paul de *stipulum*, synonyme de *firmum* (appui, soutien)[5]; nous ne prendrons point parti dans cette controverse.

1088. — **Date de la création de la stipulation** : A quelle époque la stipulation *laïque* se substitua-t-elle au serment religieux? C'est encore une question très discutée.

1089. — D'après M. Girard, la *stipulatio* serait probablement beaucoup plus ancienne que la *legis actio per condictionem*, et les droits qu'elle fait naître auraient été sanctionnés, avant la création des *condictiones*, par le *sacramentum in personam*.

La distinction de l'engagement par serment et de l'engagement verbal sans serment est déjà visée dans le sénatus-consulte des Bacchanales de 568 de R. « *Néve posthac inter sed conjourase... neve conspondise... velet*[6]. ». — Mais cela ne fait pas faire de progrès à la question, car on assigne généralement aux lois créatrices de la *condictio* des dates antérieures à 568.

1090. — **Forme de la stipulation** : La sti-

1 Ortolan. — Cette doctrine était d'ailleurs admise par presque tous les romanistes.
2 Cuq, *Institutions*, 391 et s.
3 Isid. de Séville, *Libri originum*, 5, 24.
4 Festus, *de verb. signif.*, v° *Stips*.
5 Paul, *Sent*, 5, 7, 5.
6 Girard, *Textes*, p. 112.

Digitized by Google

pulation, remarquable par son extrême simplicité, consiste dans une interrogation et une réponse concordante : « *Spondes ne?* — *Spondeo* » — « *Promittis ne?* — *Promitto* » — « *Dabis ne?* — *Dabo* » : La forme « *Spondes ne?* — *Spondeo* » est exclusivement à l'usage des citoyens romains : les pérégrins peuvent employer toutes les autres formules[1].

1091. — Que doit-on décider, en cas de discordance entre l'interrogation et la réponse? Si cette discordance est telle qu'elle exclue tout accord de volontés, la stipulation est évidemment nulle. Mais ne peut-on admettre une discordance qui n'est pas complètement exclusive de toute entente? Devrait-on considérer comme absolument nulle la stipulation dans laquelle à l'interrogation « *spondes ne decem* »? le promettant aurait répondu « *spondeo quinque* ». Cette stipulation ne serait-elle pas valable à concurrence de cinq? Un texte d'Ulpien décide l'affirmative. Mais Gaius donne une solution contraire. Il est probable que la solution rigoureuse de Gaius était abandonnée au temps d'Ulpien[2].

1092. — La stipulation pouvait servir à sanctionner toute espèce d'obligations : on a pu dire d'elle que c'était un *moule à contrats*.

1093. — **Sanction de la stipulation :** La stipulation, dans la doctrine des auteurs qui enseignent que son existence a devancé la création de la *legis actio per condictionem*, aurait été d'abord sanctionnée par l'*actio sacramenti in personam*.

1 Gaius, 3, 96, 94.
2 Dig., *de verb. obl* 1, 4 (Ulpien); Gaius, 3, 102.

Digitized by Google

Mais, après la création de la *condictio*, elle fut certainement du nombre des contrats sanctionnés par la nouvelle action de la loi. Cicéron dit explicitement qu'il y a lieu à la *condictio* en cas de *pecunia numerata, stipulata vel expensilata*[1].

La *condictio* fut d'abord introduite par la loi Silia (probablement vers le commencement du VIe siècle) *de certa pecunia*[2].

La loi Calpurnia, quelques années plus tard, donna la *legis actio per condictionem* pour tout objet certain, *de omni certa re*. Cette *condictio* portait le nom de *condictio triticaria*, de *triticum* (froment), parce qu'elle trouvait sa principale application dans les stipulations ou dans les prêts de céréales[3].

1094. — Après le vote de la loi Æbutia, le nouveau système de procédure fit de la *legis actio per condictionem* deux formules auxquelles elle conserva les noms de *condictio certæ pecuniæ*, et de *condictio triticaria* (ou *certæ rei*).

1095. — **Caractère et formules des *condictiones* :** « La *condictio* du droit classique est une action personnelle et de droit strict dont le caractère original est d'être une action *abstraite* dont la formule *n'indique point la cause en vertu de laquelle elle est intentée* ».

Cette cause, le magistrat ne l'ignorera point, non plus que le défendeur. Car le demandeur sera, *in jure*, mis en demeure par le magistrat d'expliquer les conditions dans lesquelles il est devenu créancier de son adversaire; mais la formule, dans la-

1 Cicéron, *pro Roscio comœdo*, 5.
2 Gaius, 1, 19.
3 Gaius, 4, 20.

Digitized by Google

quelle la *demonstratio* fait défaut, ne fera aucune allusion à ces conditions.

La formule de la *condictio certæ pecuniæ* est : « *Si paret N. Negidium A. Agerio decem milia dare oportere, judex N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia condemna; si non paret, absolve* [1] ».

Celle de la *condictio certæ rei* ou *triticaria* : « *Si paret N. Negidium A. Agerio hominem Stichum dare oportere, quanti ea res est judex condemna; si non paret, absolve* [2].

1096. — **Stipulation d'un *incertum* : action *ex stipulatu* :** Nous avons dit que la stipulation pouvait prêter sa forme à tous les contrats, aussi bien à ceux dont l'objet était un *incertum*, comme une valeur indéterminée, un fait ou une abstention, qu'à ceux qui avaient pour objet une *certa pecunia* ou une *certa res*. « Me promettez-vous de presser ma vendange? de faire mon portrait? de soigner mon bétail en mon absence? Me promettez-vous de ne pas aller à Ephèse? de ne pas prostituer l'esclave que je vous ai vendue? » Ce sont là autant de stipulations auxquelles ne peut s'appliquer la formule sommaire et abstraite de la *condictio certæ rei*.

Il y avait là une lacune, qui fut comblée à l'époque formulaire par l'*actio ex stipulatu* que Savigny et, après lui, de nombreux romanistes ont appelée à tort *condictio incerti* [3].

1097. — A tort, disons-nous, parce que l'action

1 Gaius, 4, 41.
2 *Ibid.*
3 Gaius, 4, 136, 137.

Digitized by Google

ex stipulatu n'est pas une *condictio*, une action abstraite : *elle indique sa cause*. Comment l'indique-t-elle ? dans une *demonstratio* suivant les uns ; dans une *præscriptio* suivant les autres. Nous ne voulons pas nous lancer dans l'étude de ces savantes conjectures. Il nous suffit de préciser le caractère de l'action *ex stipulatu*, caractère qui la distingue des *condictiones :* c'est une action *née d'une stipulation et qui exprime sa cause.*

1098. — *Condictio incerti* : Cependant le nom de la *condictio incerti* figure dans de nombreux textes du Digeste : et l'existence et la portée de cette action à l'époque classique font l'objet d'une vive controverse.

Savigny et les romanistes de son école la confondent avec l'action *ex stipulatu*.

M. Jobbé-Duval pense que le droit classique n'a connu que la *condictio certæ pecuniæ*, et la *condictio certæ rei* ou *condictio triticaria* ; que la distinction de la *condictio certi* et de la *condictio incerti* est l'œuvre des compilateurs de Justinien, et que tout texte qui parle de la *condictio incerti* est interpolé[1].

De nombreux romanistes, au contraire (parmi lesquels M. Girard), ne révoquent pas en doute l'existence de la *condictio incerti* même à l'époque classique. Elle différerait de l'*actio ex stipulatu* :

1° En ce que l'action *ex stipulatu* ne peut naître que de la *stipulation* d'un *incertum*, tandis que la *condictio incerti* sanctionnerait toute obligation incertaine de droit strict (*Condictio cautionis* par ex. V. *infrà*, n. 1111)[2].

2° En ce que l'action *ex stipulatu* expose sa cause (dans une *demonstratio* ou une *præscriptio*), tandis que la *condictio incerti* (sans doute pour ne point déroger aux règles des *condictiones*) se contente de l'indiquer en termes vagues.... [3].

1 M. Jobbé-Duval, *Les condictiones* (cours de doctorat).
2 Conf, Girard, *Manuel*, p. 599, et p. 481, n. 4.
3 Girard, *Ibid.*

Digitized by Google

B. — SERMENT PROMISSOIRE DE L'AFFRANCHI.

1099. — *Jusjurandum liberti* [1] : on donne ce nom au contrat verbal par lequel un patron se faisait promettre certains services (*operæ*) par l'esclave qu'il allait affranchir.

On enseigne d'ordinaire que c'est parce que le maître ne peut obtenir une promesse valable de l'esclave avant son affranchissement (en effet, l'esclave n'étant pas une *personne* ne peut s'engager), et que l'affranchi aurait pu refuser de promettre, une fois devenu libre, que le maître recourût pour l'obliger, à défaut de lien civil, à un lien religieux.

1100. — Il résulte des textes que l'esclave prêtait deux serments : l'un avant, l'autre après la manumission et il est assez difficile de dire lequel de ces deux serments était obligatoire.

1101. — Le *jusjurandum liberti* est considéré comme une survivance évidente du temps où tous les contrats verbaux se faisaient par une promesse accompagnée de serment.

C. — DICTIO DOTIS.

1102. — *Dictio dotis :* La *dictio dotis* est un contrat verbal qui a pour but de constituer une dot (*dos aut datur aut* DICITUR *aut promittitur*). Nous avons peu de renseignements sur ce contrat, dans lequel l'engagement du promettant semble n'être précédé d'aucune interrogation du créancier.

1 Gaius, 3, 96 : « *Item uno loquente et sine interrogatione alii promittente contrahitur obligatio si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse juravit* » (Restitution de Hushke, d'après l'*Épitome Gaii*).

Digitized by Google

1103. — La *dictio dotis* tomba en désuétude lorsque Théodose II (428 après J.-C.) eut élevé la convention de doter au rang de pacte légitime.

D. — DIVISION DES STIPULATIONS.

1104. — Les stipulations ne sont pas toujours spontanées : il y en a qui interviennent sur l'ordre du magistrat ou sur l'ordre du juge.

Les Institutes de Justinien basent sur cette idée une division des stipulations en stipulations conventionnelles, prétoriennes, judiciaires et communes [1].

1105. — **Stipulations conventionnelles** : De la stipulation conventionnelle nous n'avons rien à dire. C'est le contrat verbal que forment librement les parties.

1106. — **Stipulations imposées par le magistrat** : Ces stipulations interviennent pour mettre à la charge du promettant une obligation qui ne naîtrait pas du droit civil. Le préteur, pour forcer le promettant à s'engager, use de moyens de contrainte qui lui sont propres et qui varient suivant les circonstances. Nous citerons à titre d'exemples :

1107. — a) *Cautio rem pupilli salvam fore* (ou mieux *satisdatio rem pupilli salvam fore*). C'est une promesse faite, au commencement de la tutelle, par le tuteur et par des fidéjusseurs, qui permet, à la fin de la tutelle, de réclamer le montant de l'action *tutelæ* non seulement au tuteur, mais à ses cautions. Le rôle de stipulant est joué par le pupille lui-même, s'il n'est plus *infans* et, s'il est encore *infans*, par un de ses esclaves (s'il n'a point d'esclave, par un *servus publicus*). Si le tuteur refusait de fournir la *satisdatio*, le préteur l'y contraindrait *pignoribus*, c'est-à-dire en faisant saisir, à titre de gage, un objet lui appartenant [2].

1108. — b) *Cautio legatorum*. Il y a lieu à la *cautio legatorum* lorsqu'un legs est fait à terme ou sous condition suspensive. Comme l'héritier pourrait devenir insolvable avant l'é-

1 Institutes, *de divis stipul.* pr.

2 Dig., *Rem pup. vel adol. salvam fore*, L. 2 (Ulpien); Institutes, *de satisdat. tut.*, 3.

Digitized by Google

chéance du terme ou la réalisation de la condition, le préteur force l'héritier à promettre au légataire, avec la garantie de fidéjusseurs, l'exécution du legs. Si la caution n'est pas fournie, le préteur envoie le légataire en possession des biens de l'héritier (*missio in bona*) [1].

1109. — c) *Cautio damni infecti.* Cette promesse est faite, sous la pression du préteur, par une personne dont la maison menace ruine, au voisin dont le fonds est menacé. C'est encore la *missio in possessionem* qui est le moyen de contrainte employé par le préteur; *missio* provisoire ordonnée par un premier décret, et *missio* définitive, attributive de la propriété bonitaire, prononcée par un second décret [2].

1110. — d) *Cautio de rato :* C'est celle que doit fournir le *procurator* qui intente une action en justice, pour assurer le défendeur contre un nouveau procès du *dominus.* Si la *cautio* n'est pas fournie, le préteur refuse de délivrer la formule [3].

1111. — e) *Cautio de usufructu :* Promesse de jouir en bon père de famille et de restituer la chose, faite par l'usufruitier au nu-propriétaire. Le refus de la caution permettrait au nu-propriétaire de repousser par une exception l'action confessoire de l'usufruitier. Le nu-propriétaire pourrait même exercer une action, *condictio cautionis*, pour forcer l'usufruitier à donner la *cautio.* Ce droit de l'usufruitier est affirmé par un texte d'Ulpien ; mais Justinien pourrait bien avoir mis au compte d'Ulpien, par voie d'interpolation, une action créée par lui [4].

1112. — f) *Stipulatio duplæ :* Les édiles curules forcent les marchands d'esclaves à garantir par une *stipulatio duplæ* (V. n. 1225) leurs acheteurs contre l'éviction et les vices rédhibitoires de leur marchandise humaine [5].

1 Il ne faut pas confondre cette *cautio* avec la *cautio muciana* applicable au legs sous condition résolutoire, et qui assure la restitution de l'objet à l'héritier en cas de réalisation de cette condition.

2 Dig., L. 7, *pr. de damno infecto* (Ulpien).

3 Gaius, 4, 84; *Fragm. Vat.* 333 (Papinien).

4 Dig. *Usufr. quemadmodum caveat*, L. 1, 3 (Ulpien). *Ibid.*, 4, 7 (Ulpien).

5 Dig., *de ædilitio edicto*, 1, 1 (Ulpien).

Digitized by Google

1112 *bis.* — g) *Stipulations et restipulations de la procédure des interdits :* Quand une partie refuse de se soumettre à l'injonction du magistrat, une instance s'engage (*judicium secutorium*) et les parties qui se présentent pour demander la formule du *judicium secutorium*, sont obligées de faire un vrai pari dont le montant s'ajoute pour le perdant à la condamnation principale.

1113. — h) *Stipulatio tribunicia :* Enfin Ulpien parle d'une *stipulatio tribunicia* par laquelle la femme, en cas de divorce, serait tenue de garantir au mari le remboursement de ses impenses, ou des obligations qu'il aurait contractées pour elle.

1114. — Toutes ces stipulations sont appelées par Ulpien *cautionales*, parce qu'elles ont pour but de *cavere*, donner une sûreté qui n'existerait pas sans elles. Le Digeste leur donne le nom de *prétoriennes :* le nom de stipulations honoraires leur conviendrait mieux puisqu'elles peuvent être ordonnées par des magistrats autres que le préteur (édiles curules ou tribuns).

1115. — **Stipulations judiciaires** : (Ulpien dit *judiciales*) : ces stipulations sont imposées par le juge au cours d'un procès : Justinien cite la *cautio de dolo* et la *cautio de persequendo servo*[1].

1116. — a) *Cautio de dolo :* Cette promesse est ordonnée par le juge dans les actions en revendication, et sert à assurer l'efficacité de l'exécution de la *pronuntiatio* du juge. Je revendique un esclave : le juge invite le défendeur à me le remettre : le défendeur s'exécute, mais il me livre l'esclave préalablement empoisonné... Voilà une manœuvre qui n'échappe à l'impunité que par le fait de la *cautio de dolo.*

1117. — b) *Cautio de persequendo servo qui in fuga est restituendove pretio :* Il faut supposer qu'un esclave fait l'objet d'un procès en revendication. Le défendeur usucape l'esclave *inter moras litis ;* entre le moment où il est devenu par usucapion la propriété du défendeur et la prononciation du jugement, l'esclave s'enfuit.

Si l'esclave s'était enfui par suite du dol du défendeur, ce dernier serait condamné comme s'il possédait encore le fugitif :

1 *Institutes*, 3, 18, 1.

Digitized by Google

« *dolus pro possessione est* » : il n'y a pas lieu à la *cautio* qui n'ajouterait rien aux avantages du demandeur.

Si l'esclave s'est enfui sans dol ni faute du possesseur, la revendication sera éteinte : seulement le défendeur devra céder au demandeur les actions qui lui permettraient de recouvrer l'esclave ou sa valeur; en les cédant il sera libéré; on ne saurait lui demander davantage (Pellat soutenait cependant que c'était déjà le cas d'appliquer la *cautio*).

Pour qu'il y ait lieu d'obtenir la *cautio*, il faut supposer une hypothèse intermédiaire qui ne peut être que celle où l'esclave s'est enfui sans le dol, mais par la faute du demandeur. Celui-ci peut-il, en cédant ses actions, se laver les mains de la fuite de l'esclave? non! il est encore tenu à faire les diligences nécessaires pour recouvrer l'esclave fugitif et c'est pour cela qu'on lui fait donner la caution *de persequendo servo*.

1118. — *Cautio de non amplius turbando :* Nous pourrions citer encore la *cautio de non amplius turbando* qui est l'objet de l'*arbitratus* du juge dans les actions confessoire et négatoire [1].

1119. — **Stipulations communes** : Enfin, d'après Justinien comme d'après Ulpien, il y a des stipulations *communes*, c'est-à-dire qui peuvent être ordonnées tant par le préteur, *in jure*, que par le juge *in judicio*. Les textes citent la caution *de rato*, et la caution *rem pupilli salvam fore* [2].

1120. — **Satisdations et simples promesses** : Toutes les *cautiones* dont il vient d'être parlé sont fournies *cum satisdatione*, c'est-à-dire garanties par des fidéjusseurs. Mais il y a des promesses sans satisdations qui appartiennent évidemment au même système : les stipulations et restipulations *tertiæ partis* de la *condictio certæ pecuniæ*, *dimidiæ partis* de l'action de constitut et de la procédure des interdits. — Mais il ne faut pas confondre avec ce groupe les promesses réciproques des procédures *per sponsionem* qui ne sont qu'un artifice de procédure, puisqu'elles sont *préjudicielles* et non *pénales* (ce qui signifie qu'on ne les exécute pas quand le juge s'est prononcé sur leur valeur).

1 Dig., *si serv. vind.*, 7; *si usufr. pet.*, 5, 6.
2 *Instit.*, 3, 18, 5.

Digitized by Google

§ III. — Le Contrat littéral.

1121. — Le *Codex* : Jusqu'au temps de Gaius inclusivement, les citoyens romains consignaient les mouvements de leur patrimoine sur une sorte de *livre-journal* qu'ils appelaient *adversaria*. Les mentions des *adversaria* étaient reportées avec soin chaque mois, sur un grand-livre, auquel on donnait le nom de *codex* ou de *tabulæ*[1].

1122. — **Ecritures substantielles et écrits probatoires** : En abordant cette matière, il faut bien se pénétrer de la distinction des *écritures substantielles* qui sont la *forme* même du contrat, sans lesquelles l'obligation n'existerait pas (nous en avons quelques exemples chez nous, comme par exemple le contrat authentique d'hypothèque) et les écrits probatoires (*instrumenta*, *cautiones*) qui ne sont que des moyens de preuve. Le *mutuum*, la stipulation sont presque toujours constatés par une reconnaissance du débiteur, une *cautio*. Est-ce cet écrit qui donne l'existence à l'obligation? Pas le moins du monde; elle naît *re* dans le *mutuum*, *verbis* dans la stipulation; l'écrit n'est là que pour la preuve, et pourrait être remplacé par un aveu de la partie obligée, ou par des déclarations de témoins.

Supprimez au contraire l'écrit *substantiel* et l'obligation n'existera plus. Nous allons trouver sur le *codex* des inscriptions qui présentent tantôt l'un, tantôt l'autre des deux caractères.

1123. — *Nomina arcaria* (articles de caisse) : Primus m'emprunte 1.000 sesterces; j'inscris mon

1 Cicéron, *pro Roscio comedo*, 2.

Digitized by Google

décaissement sur le codex : il n'y a pas là, nous dit Gaius, une obligation littérale, mais bien une obligation contractée *re* (*numeratio pecuniæ rei facit obligationem*) dont l'écriture fournit la preuve (*obligationis factæ testimonium præbet*)[1].

1124. —*Nomina transcriptitia :* L'obligation *litteris* se contracte au moyen des inscriptions que les jurisconsultes romains appellent *nomina transcriptitia.* Le *nomen transcriptitium* est un jeu d'écritures qui suppose non pas *une* mention mais *deux mentions* sur le codex, et l'existence vraie ou prétendue d'une opération précédente intervenue entre les parties. *Primus* doit ou est censé devoir à *Secundus*, pour une raison quelconque, une somme de 100 : *Secundus* constate d'abord sur son codex que *Primus* lui a versé 100 pour l'opération intervenue entre eux : « *Acceptum a Primo centum* ». — Nous dirions aujourd'hui que Secundus « *crédite* » Primus ; — puis il porte la somme comme ayant été de nouveau versée par lui à *Primus :* « *Expensum Primo centum* » ; nous dirions que Secundus « *débite* » Primus « *à nouveau* »[2].

C'est tout ce jeu d'écritures qui constitue, sous le nom d'*expensilatio*, le contrat *litteris.*

1125. — On distinguait deux sortes de *transcriptiones :* la *transcriptio a re in personam :* c'est l'opération que nous venons d'exposer dans laquelle la cause de l'obligation est seule transformée, tandis que les parties créancière et débitrice restent les mêmes, et la *transcriptio a persona in*

1 Gaius, 3, 131.
2 Gaius, 3, 128-130.

Digitized by Google

personam qui est un moyen de faire une novation par changement de débiteur.

Créancier de Primus, je veux, d'accord avec Primus et Secundus, substituer dans la dette le second au premier : — sur mon codex je créditerai d'abord Primus : « *acceptum a Primo centum* »; puis, je débiterai *Secundus :* « *expensum Secundo centum* ».

1126. —. *Chirographa* et *syngraphæ :* Le codex n'était tenu que par les citoyens romains : les pérégrins recouraient au procédé plus simple des *chirographa* et des *syngraphæ* qui ne sont pas autre chose en somme que nos actes sous seing privé[1].

1127. —Le *chirographum*, qui constate une obligation unilatérale, est scellé (les anciens apposaient leur cachet et non leur signature) par le débiteur, fait en un seul exemplaire et remis au créancier.

1128. — La *syngrapha* est un acte constatant des conventions synallagmatiques, fait en autant d'exemplaires que de parties, revêtu des cachets de toutes les parties contractantes qui gardent chacune un *original.*

1129. — Les *chirographa* et les *syngraphæ* étaient-ils des écrits probatoires ou des écrits substantiels, de véritables contrats *litteris?* A en croire Gaius et Justinien, ils auraient constitué des contrats littéraux[2]. M. Gide, ne craint pas de s'inscrire en faux contre cette affirmation : il dit avec raison que, les *chirographa* et les *syngraphæ* étant d'ori-

1 Gaius, 3, 129, 130.
2 Gaius, 3, 134.

Digitized by Google

gine hellénique, c'est dans leur patrie qu'il faut aller chercher la notion de leur véritable caractère. Or, en Grèce ils n'ont jamais passé que pour des écrits probatoires[1].

1130. — *Exceptio non numeratæ pecuniæ :* Une particularité ne peut manquer de nous frapper lorsque nous étudions le mécanisme de l'*expensilatio :* c'est le créancier qui se fait un titre à lui-même. Il est probable qu'il ne le faisait point sans le consentement du débiteur et que l'*expensilatio* était entourée de précautions que les textes ne nous ont pas fait connaître. Mais il n'est pas moins vrai pour cela que si ces précautions avaient été négligées une obligation pouvait naître de l'inscription au *codex* qui avait bien une *causa civilis*, mais qui n'avait point de *causa naturalis* (V. *suprà*, n. 1031).

1131. — Supposons, par exemple, une personne qui veut emprunter, un prêteur qui n'a pas de fonds disponibles, mais qui promet d'opérer la tradition des espèces quelques jours plus tard. Le prêteur porte le versement non encore effectué sur son codex (sous la forme d'un *nomen transcriptitium*), puis il se refuse à la numération des espèces.

Quoique le solliciteur du prêt n'ait rien reçu, il est obligé par l'*expensilatio* inscrite au codex.

Le prétendu prêteur le poursuit : va-t-il donc être obligé de rendre ce qu'il n'a point reçu?

Non : le droit prétorien est venu à son secours au moyen de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* dont l'insertion dans la formule lui permettra de

1 Gide, *Novation.*

Digitized by Google

faire échec à l'action injuste qui est intentée contre lui[1].

1132. — Cette exception ne comporta dans le principe aucune dérogation aux règles ordinaires de la preuve. Le défendeur qui l'opposait était tenu de prouver qu'il n'avait point reçu les espèces.

1133. — Ce que nous venons de dire de celui qui avait été débité sur le *codex* d'un prétendu créancier s'appliquait également à celui qui avait reconnu dans un *chirographum* une remise de fonds qui n'avait point été effectuée.

1134. — *Querela non numeratæ pecuniæ :* Au lieu d'attendre l'action de son prétendu créancier, l'obligé pouvait prendre les devants et intenter une action à l'effet de se faire remettre son *chirographum*, — ou, si l'obligation procédait d'une *expensilatio*, à l'effet de se faire libérer par une *acceptilatio*. Quel était le nom de cette action? une constitution d'Alexandre-Sévère l'appelle *condictio*. On lui donne souvent le nom de *querela non numeratæ pecuniæ*. Les commentateurs les plus récents tendent à croire que cette appellation n'est pas antérieure à la fin de l'époque classique et à la réforme dont nous parlons plus loin (V. n. 1136) et qu'elle s'appliquait à l'exception *non numeratæ pecuniæ*, aussi bien qu'à l'action par laquelle on poursuivait la restitution d'une *cautio* remise imprudemment (*instrumentum indiscretum*).

1135. — La *querela non numeratæ pecuniæ* de-

1 Gaius 4, 116 ; Dig., *de cond. sine causa*, 4 (Julien).

Digitized by Google

vait être proposée (aussi bien pensons-nous sous sa forme d'action que sous sa forme d'exception) dans le délai de cinq ans. Ce délai fut réduit à deux ans par Justinien.

1136. — **Déplacement du fardeau de la preuve :** Un nouveau système, dont les premières traces certaines nous apparaissent dans une constitution de Caracalla, s'introduisit dans la législation. On déplaça le fardeau de la preuve : — lorsque l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* était opposée par le défendeur, c'était au demandeur à prouver qu'il avait compté réellement les espèces[1].

1137. — **Disparition du contrat** *litteris* **:** Le *codex* était tombé en désuétude après Antonin et Caracalla. Si, comme nous avons cru pouvoir l'avancer, les *chirographa* et les *syngraphæ* n'étaient que des écrits probatoires, il n'aurait plus existé dès cette époque de contrat *litteris*. Un texte trop peu cité, de Modestin, contemporain d'Alexandre-Sévère, ne fait plus figurer le contrat *litteris* dans l'énumération des contrats[2].

1138. — Cependant la division des contrats en contrats réels, verbaux, littéraux et consensuels paraît être demeurée classique, — Justinien la formule encore et donne comme types de l'obligation *litteris* le *chirographum* et la *syngrapha*.

A-t-il donc méconnu le caractère purement probatoire de ces écrits? Gide dit plaisamment que Justinien a fait comme ces architectes qui simulent une fenêtre pour ne pas déparer la symétrie

1 Code, *de non numer. pec.*, 3 (Caracalla).
2 Dig., *de obl. et act.*, 52 (Modestin).

Digitized by Google

d'une façade. — La division quadripartite des contrats était passée dans les habitudes de l'enseignement : Justinien la répète pour ne pas déroger aux traditions de l'école, mais de son temps, le contrat *litteris* n'est plus qu'une *fausse fenêtre*[1].

1138 *bis*. — **Sanction du contrat** *litteris* : L'*expensilatio* a été suivant les époques sanctionnée : 1° par le *sacramentum in personam;* 2° par la *legis actio per condictionem;* 3° par la *condictio certæ pecuniæ.*

SECTION II

Les contrats réels.

1139. — Les contrats réels sont le *mutuum*, le commodat, le dépôt et le gage. A cette énumération, qui est celle des institutes de Justinien, il convient de joindre la fiducie, et les contrats innommés.

§ I. — Du *mutuum*.

1140. — **Définition :** Le *mutuum* est un contrat dans lequel une personne (*tradens*, *mutuo dans*) transfère à une autre personne (*accipiens*) la propriété d'une certaine quantité de choses fongibles à charge de lui rendre pareille quantité de choses de nature et de qualité identiques[2].

1141. — **Actions qui naissent du** *mutuum* : le *mutuum* est le seul des contrats réels qui soit unilatéral; il ne fait naître qu'une action au profit du *tradens*. Cette action est la *condictio*

1 Gide, *Novation*.
2 Gaius, 3, 90 ; Fragm. Vindobonense, 2, 1 ; Girard, *Textes*, p. 421.

Digitized by Google

certæ pecuniæ si le *mutuum* a pour objet du numéraire, la *condictio triticaria* si l'objet du *mutuum* consiste en choses fongibles autres que des espèces (denrées, céréales, etc.[1]).

1142. — **Histoire du mutuum** : Le *mutuum*, qui n'est autre chose que ce que nous appelons aujourd'hui le *prêt de consommation*, ne remonte point aux premiers temps de Rome. Nous savons que les emprunteurs se liaient autrefois envers les prêteurs par la solennité du *nexum*.

1143. — Mais est-il supposable que cet acte amical, qui consiste à remettre à un parent, à un voisin, des deniers ou des denrées dont il a momentanément besoin et qu'il s'engage à rendre *in genere*, ait été ignoré des anciens Romains ?

Non sans doute : seulement la question est de savoir si l'acte dont il s'agit était sanctionné par une action en restitution, à quel moment cette sanction s'est introduite et sous quelle forme.

1144. — Suivant M. Cuq, le *mutuum* n'aurait eu d'abord d'autre sanction que « l'usage des honnêtes gens », et l'emprunteur qui se dérobait à l'obligation de restituer ce qui lui avait été prêté ne risquait rien de plus que d'encourir une flétrissure morale infligée soit par l'opinion publique, soit peut-être par les censeurs. La sanction civile du *mutuum* aurait été introduite par la loi Silia, avec la *legis actio per condictionem*[2].

1145. — D'après M. Girard au contraire, l'obligation de restituer le montant d'un enrichissement injuste était sanctionnée, avant la loi Silia, par la *legis actio sacramenti*, ainsi que l'on peut le démontrer par les termes de la loi Acilia *repetundarum*, et le défaut de restitution d'une valeur reçue à titre de *mutuum*, constituant, au premier chef, un enrichissement injuste, devait tomber sous l'application de l'action qui avait pour but de réprimer les abus de cette nature[3].

1 Dig., *de condict. tritic.*, 1 pr. (Ulpien).
2 Cuq, *Institutions*, p. 630.
3 Girard, *Manuel*, p. 495, texte et n. 4; Girard, *Textes*, p. 33.

Digitized by Google

1146. — **Éléments du *mutuum* :** Le *mutuum* exige pour sa validité une tradition de choses fongibles restituables *in genere*. Les Romains ont été dans le principe rigoureusement attachés à cette formule [1].

L'objet remis ne consistait-il point en choses fongibles? — La tradition matérielle n'avait-elle pas eu lieu? il n'y avait pas *mutuum*.

N'ayant pas d'argent, je remets à l'ami qui me demande de lui prêter une certaine somme, une pièce d'orfèvrerie qu'il ira vendre et dont je l'autorise à garder le prix. Il n'y a pas identité générique entre la chose remise (qui n'est point d'ailleurs une chose fongible) et la chose restituable : il n'y a pas *mutuum*.

Mon mandataire a touché pour mon compte une certaine somme : je l'autorise à s'en servir pendant quelque temps. Il n'y a pas de ma part tradition des espèces : il n'y a pas *mutuum*.

Il n'y avait pas *mutuum* non plus lorsque, ne pouvant remettre des fonds à un ami, on lui déléguait un de ses débiteurs.

1147. — Mais, en cette matière comme en bien d'autres, le fond finit par l'emporter sur la forme. Et toutes les espèces que nous venons de passer en revue nous sont signalées dans les textes du Digeste comme constituant autant de contrats de *mutuum*. Les jurisconsultes classiques n'exposent plus leurs scrupules que pour nous apprendre qu'ils en ont triomphé [2].

1148. — **Translation de la propriété des**

1 Dig., *de reb. cred.*, 2, 1 (Paul).
2 Dig., *de reb. cred.*, 11 pr. (Ulpien). — *Ibid.*, L. 13 (Ulpien).

Digitized by Google

objets prêtés : Ce qui est demeuré, à toutes les époques, une condition fondamentale, essentielle, du *mutuum*, c'est la translation de la propriété des choses prêtées[1]. Aussi le *tradens* doit-il être : 1° propriétaire des objets du *mutuum;* 2° capable de les aliéner.

Qu'arrivera-t-il donc si le *tradens* ne réunit pas ces deux qualités?

1149. — 1° *Le tradens n'est pas propriétaire :* l'*accipiens* n'acquiert évidemment pas la propriété des objets à lui livrés. Qu'adviendra-t-il de ces objets.

Il faut distinguer :

a) Les objets livrés existent encore entre les mains de l'*accipiens:* le véritable *dominus* intentera contre l'*accipiens* l'action en revendication.

b) Les objets livrés ont été consommés de *mauvaise foi* par l'emprunteur qui savait bien qu'ils n'appartenaient pas au prêteur : l'emprunteur demeurera sous le coup de la revendication du véritable *dominus*. Car celui qui a cessé de posséder par son dol est traité de la même façon que s'il fût demeuré possesseur (*dolus pro possessione est*).

c) Enfin les objets livrés ont été consommés de bonne foi par l'*accipiens* qui les a crus la propriété du *tradens*. Cette fois le véritable *dominus* est désarmé, au moins vis-à-vis de l'*accipiens*, car *extinctæ res vindicari non possunt.*

Jusque-là le *tradens* s'est pour ainsi dire éclipsé. Tout se débattait entre l'*accipiens* et le véritable *dominus*. Mais dans cette troisième hypothèse, le

1 En sens contraire : *Mandati vel contrà*, 34 (Africain).

Digitized by Google

tradens rentre en scène. On ne peut pas admettre en effet que l'*accipiens* sera dispensé de toute restitution, car *il bénéficierait*, s'il en était ainsi, d'*un enrichissement injuste*. N'étant plus tenu vis-à-vis du véritable *dominus*, il le sera vis-à-vis du *tradens*.

Mais de quelle action sera-t-il tenu? d'une *condictio*, car il ne peut être tenu d'une action en revendication que vis-à-vis du propriétaire.

De quelle *condictio?* Les interprètes ne sont plus d'accord. Pour les uns ce sera la *condictio ex mutuo* — pour les autres une *condictio sine causa*[1].

Quel est l'intérêt de la question? c'est que, si l'*accipiens* est tenu de la *condictio ex mutuo*, celle-ci ne pourra être intentée qu'après l'époque fixée pour la restitution du prêt: l'emprunteur ne perdra pas le bénéfice du terme.

Si l'*accipiens* est tenu de la *condictio sine causa* (ce qui est plus juridique, car il n'y a pas eu de *mutuum* valable), il devra effectuer une restitution immédiate.

Le *tradens* bien entendu, aura alors à compter avec le véritable *dominus*.

1150. — 2° *Le tradens est propriétaire des objets prêtés mais il est incapable d'aliéner* (c'est par exemple un impubère): nous retrouvons, quelque peu simplifiées, les mêmes solutions.

1 Cette question se débat entre les interprètes. Les textes du Digeste donnent une *condictio* sans la qualifier. — Pour quelques commentateurs il y aurait formation *ex post facto* d'un contrat de *mutuum* ou *reconciliatio mutui*. Il y aurait aussi *reconciliatio mutui* si le *tradens*, non propriétaire au moment du contrat, l'était devenu par la suite, par exemple s'il avait hérité du *dominus*. — V. *de reb. cred.*, 13 pr. (Ulpien).

Digitized by Google

a) Si l'*accipiens* n'a pas consommé les objets prêtés, le *tradens* aura la revendication.

b) Il aura encore la revendication si l'*accipiens* a consommé de mauvaise foi les choses prêtées.

c) Enfin, il aura une *condictio sine causa*, si les objets ont été consommés de bonne foi par l'*accipiens*[1].

1151. — **Capacité de *l'accipiens* :** L'*accipiens* doit avoir la capacité de s'obliger : s'il ne l'a pas (si, par exemple, il est impubère), il ne sera pas tenu de la *condictio certæ pecuniæ* ou de la *condictio triticaria* vis-à-vis du prêteur : mais il sera tenu d'une action *de in rem verso* à concurrence de ce qui aura tourné à son profit. Si donc il a dissipé les espèces ou les denrées prêtées, il ne sera pas obligé du tout.

1152. — *Sénatus-consulte Macédonien :* Nous avons déjà parlé plus haut (V. n. 1066) du sénatus-consulte Macédonien qui interdisait de prêter aux fils de famille. Le fils de famille, capable en principe de s'obliger civilement, ne peut s'obliger par un *mutuum*. Le prêteur ne pourra exercer ni une action directe contre le *filius familias*, ni une action *de peculio* contre son chef de famille; mais le fils de famille emprunteur reste tenu d'une obligation naturelle.

1153. — **Du prêt à intérêt *ou fœnus* :** Le *mutuum* est essentiellement gratuit. L'emprunteur doit rendre exactement l'équivalent de ce qu'il a reçu sans aucune majoration. Le *mutuum* ne produit donc pas d'intérêts; et pour lui en faire

1 *Instit. quib. alienare licet*, 2.

Digitized by Google

produire, un simple pacte adjoint au contrat ne suffirait pas : *une stipulation est indispensable*. La juxtaposition d'un contrat réel de *mutuum* et d'une stipulation d'intérêts constitue le contrat de *fœnus*.

1154. — *Taux de l'intérêt :* Le taux de l'intérêt a varié au cours de l'histoire romaine. Primitivement il était du douzième du capital et portait le nom d'*unciarium fœnus*. En effet, dans la numération romaine, l'*as*, représentant l'unité, est divisé en 12 *unciæ*. L'*uncia* est donc un douzième de l'unité comme l'*unciarium fœnus* un douzième du capital[1].

1155. — Le prêt à intérêt fut, à un certain moment, prohibé par une loi Genucia, mais ne tarda pas à s'imposer de nouveau par sa nécessité. — Au temps de Cicéron, l'intérêt légal est de 1 0/0 par mois soit 12 0/0 par an [2]. C'est ce que l'on appelle les *usuræ centesimæ*, versement mensuel d'un *centième*. Étant donné la rareté du numéraire à cette époque, le taux de 12 0/0 peut être considéré comme modéré. Pourtant les intérêts conventionnels étaient généralement inférieurs à ce taux légal. Les particuliers qui prêtaient leur argent se contentaient des *usuræ semisses*, intérêt de 6 0/0.

1156. — **Loi *Marcia* :** La loi Marcia *de fœneratoribus* punissait de la peine du quadruple les *fœneratores* qui avaient exigé des intérêts supérieurs au taux légal (le quadruple doit être entendu dans le sens de : quadruple de l'excédent) et la pour-

1 Cuq, *Institutions*, p. 350.
2 Cicéron, *Lettres à Atticus*, 5, 21.

Digitized by Google

suite s'exerçait autrefois contre eux par voie de *manus injectio*.

1157. — *Trajectitia pecunia :* On donne en droit romain le nom de *nauticum fœnus* ou de *trajectitia pecunia* au contrat que nous appelons aujourd'hui le *prêt à la grosse aventure*, ou plus brièvement le *prêt à la grosse*, c'est-à-dire le prêt fait à un armateur (*exercitor navis*) sur un navire en partance ou sur sa cargaison. Si le navire vient à périr, le prêteur perd son capital. On comprend que ce risque doit être balancé par des avantages; aussi le taux du *nauticum fœnus* n'était-il point limité.

1158. — *Anatocisme :* La production d'intérêts par les intérêts (*anatocisme*) était entièrement prohibée en droit romain[1] (Le droit français contemporain permet l'anatocisme annal).

1159. — **Réformes de Justinien :** Justinien a établi une réglementation assez curieuse de l'intérêt dont le taux varie avec la qualité du prêteur. Les commerçants prêtent à 6 0/0, mais les personnes illustres ne peuvent placer leurs capitaux à un taux supérieur à 4 0/0[2].

1160. — Le cours des intérêts s'arrête lorsqu'ils ont doublé le capital : le prêteur ne peut à aucun titre, et après n'importe quel délai, recevoir plus du double de ce qu'il a versé[3].

1 Cette théorie n'est vraie que sous l'Empire. Car, sous la République, quand un débiteur ne payait pas les intérêts, ils s'ajoutaient au capital de plein droit et produisaient eux-mêmes des intérêts (M. Jobbé-Duval, à son cours).
2 Code, *de usuris*, 26, 1 (Justinien).
3 *Ibid.*

Digitized by Google

1160 *bis*. — Les intérêts du *nauticum fœnus* ne peuvent excéder 12 0/0 [1].

§ II. — **De la *fiducie*.**

1161. — **Rôle et définition de la *fiducie* :** La fiducie a joué un rôle fort important dans l'ancien droit romain. M. Cuq la définit « une espèce d'acte qui accompagne toujours une aliénation, et par lequel l'acquéreur s'engage à accomplir un fait, ordinairement à restituer la chose qui lui a été livrée ».

1161 *bis*. — Comme elle n'est plus en usage sous Justinien, il n'en est pas question dans le Digeste, mais en se servant de la *méthode des rubriques*, M. Lenel, avec une grande habileté, est parvenu à distinguer les textes remaniés qui la concernaient dans les œuvres des commentateurs de l'Édit.

Son existence et son caractère, auxquels il était fait allusion dans les Institutes de Gaius, les Sentences de Paul, les Fragments du Vatican, ont été pleinement mis en lumière par la découverte, en 1867, du « formulaire de Bétique » et, en 1887, de la mancipation fiduciaire de Pompéi [2].

1162. — *La « fiducia cum amico » :* a été la forme ancienne du dépôt. Le déposant transférait au dépositaire la propriété de la chose qu'il voulait lui confier et, par un contrat de fiducie, le dépositaire s'engageait à retransférer, à première réquisition, la propriété au déposant.

1163. — *La « fiducia cum creditore » :* fut aussi le premier mode de constitution du gage (V. *Première partie*, n. 739-746).

1 *Ibid.*
2 Girard, *Textes*, 737 et 739.

Digitized by Google

1164. — C'est à cette dernière application de la fiducie que se réfèrent le formulaire de Bétique et la mancipation fiduciaire de Pompéi.

Le formulaire de Bétique était une table de bronze, pendue sans doute dans le cabinet d'un esclave préposé par son maître à la direction d'une maison de banque, et qui servait de modèle pour les contrats de garantie destinés à assurer le remboursement des prêts faits par la maison.

Celui qui voulait emprunter une somme d'argent mancipait *nummo uno* l'objet qu'il voulait donner en garantie, un fonds, un esclave..., et le prêteur s'engageait par le contrat de fiducie à lui remanciper cet objet après l'extinction de la dette.

1165. — A Pompéi, on a été assez heureux pour trouver deux actes concrets qui s'éclairent l'un l'autre : aux termes du premier une nommée Poppea Note emprunte à Dicidia Margaris 1.450 sesterces ; aux termes du second, Poppea Note mancipe deux esclaves à sa prêteuse Dicidia Margaris, *à titre de fiducie*. Si la dette de Poppea Note n'est pas payée à l'échéance, Dicidia Margaris aura le droit de vendre les esclaves mancipés en gage sur le marché de Pompéi. Si la vente n'atteint pas 1.450 sesterces, Poppea Note restera débitrice de la différence ; si elle dépasse ce chiffre, le surplus lui sera remis.

1166. — **Sanction du contrat de fiducie** : Le contrat de fiducie ne dut constituer d'abord qu'une obligation d'honneur dont l'exécution dépendait de la bonne foi de l'acquéreur. Après la loi *Æubutia* il fut sanctionné par l'action *fiduciæ*. Cette action entraînait l'infamie contre le défendeur condamné[1].

1167. — Le contrat de fiducie, comme on le voit, n'a jamais été et n'a jamais pu être qu'un contrat accessoire qui s'annexait à une mancipation ou à une *in jure cessio*.

1 Girard, *Manuel*, p. 514.

Digitized by Google

1168. — Pouvait-il accéder à une simple tradition ? Il n'existe aucun texte sur ce point, mais c'est peu probable (V. sur ce point, Girard, p. 509).

1169. — *Usureceptio fiduciæ :* (V. *Première partie*, n. 659).

§ III. — **Du commodat.**

1170. — **Définition et caractère du commodat :** Le commodat (ou prêt à usage) est un contrat réel par lequel une personne transfère *gratuitement* à une autre la détention et l'usage d'une chose à condition que cette chose sera rendue *in specie*[1].

1171. — Le commodat est essentiellement gratuit. Si le prêteur touchait une rétribution, il y aurait louage et non plus commodat.

1172. — **Obligations du commodataire :** Le commodataire doit :

1° Ne faire de la chose que l'usage déterminé pour lequel elle lui a été prêtée ; s'il l'employait à un autre usage il commettrait un *furtum usus*[2] ;

2° La restituer.

1173. — **Actions qui naissent du commodat :** Le commodat est un contrat synallagmatique imparfait. Il ne fait naître d'abord qu'une action *directa commodati* donnée au prêteur à l'effet d'obtenir la restitution de la chose prêtée ; mais si le commodataire a fait des frais pour la conservation de la chose, il acquiert une action *com-*

1 Inst., *quib. modis re contrah. obl.*, 2.
2 Instit., *de obl. quæ ex delicto nasc.*, 6.

Digitized by Google

modati contraria, au moyen de laquelle il se fera indemniser de ces frais, par le prêteur. Les actions *directa* et *contraria commodati* sont des actions de bonne foi[1].

§ IV. — **Du dépôt.**

1174. — **Définition** : Le dépôt est un contrat réel, synallagmatique imparfait, qui consiste, de la part d'une partie appelée *déposant*, à remettre à une autre partie appelée dépositaire, un objet quelconque que l'*accipiens* doit garder gratuitement, et remettre *in specie* au dépositaire à première réquisition.

1175. — **Histoire du dépôt** : Le contrat de dépôt se formait dans le principe au moyen d'une aliénation de l'objet déposé accompagné d'une convention de fiducie, dans laquelle le dépositaire s'engageait à retransférer la propriété au déposant à la première réquisition de celui-ci.

Plus tard, à une époque nécessairement postérieure à la loi *Æbutia*, le déposant se contenta de livrer la détention de la chose au dépositaire sans lui transmettre la propriété.

1176. — **Actions qui naissent du dépôt** : Le dépôt fait naître une action *depositi directa* au profit du *tradens* à l'effet d'obtenir la restitution de la chose déposée, et au profit du dépositaire une action *depositi contraria* à l'effet de se faire indemniser des frais qu'il a exposés pour la conservation de la chose.

1177. — Le dépositaire condamné à la restitution de la chose déposée encourt l'infamie : la

1 Dig., *commodati vel contra.*

Digitized by Google

condamnation est au double en cas de dépôt *nécessaire* ou *misérable*, c'est-à-dire dans le cas d'un dépôt fait au moment d'une émeute, d'un incendie, d'un naufrage ou de l'écroulement d'une maison[1].

1178. — **Dépôt irrégulier :** Le dépôt irrégulier ne rentre pas dans la définition générale du dépôt que nous avons donnée plus haut (n. 1174); il a pour objet des choses fongibles restituables non *in specie*, mais *in genere*. Le dépositaire devient propriétaire des objets déposés à charge de rendre pareille quantité d'objets de même nature et de même qualité[2].

1179. — Le dépôt irrégulier présente, comme on le voit une grande ressemblance avec le *mutuum*[3]. Il en diffère :

1° En ce qu'il constitue un contrat de bonne foi, sanctionné par l'action *depositi directa* dont l'*intentio est incerta* (*quidquid paret dare oportere ex fide bona*) et dans laquelle le demandeur ne peut encourir le risque d'une *plus petitio*. — Tandis que le *mutuum* est un contrat de droit strict qui fait naître une *condictio certæ pecuniæ* ou une *condictio triticaria* dont nous connaissons les caractères, les avantages et aussi les périls.

2° L'*accipiens*, dans le *mutuum*, n'est jamais obligé qu'à terme : le dépositaire, dans le dépôt irrégulier, doit restituer à première réquisition.

3° Le dépôt irrégulier peut être rendu productif d'intérêts par un simple pacte; nous savons que

1 Dig., *deposit. vel contra.*, 18 (Neratius).
2 Dig., *Locati*, 31.
3 Paul, *Sent.*, 2, 12, 9.

Digitized by Google

pour transformer le *mutuum* en *fœnus*, une stipulation est nécessaire.

4° Enfin le prêteur (*mutuo dans*) est un simple créancier chirographaire; la créance du déposant est garantie par un privilège dont l'ordre est discuté, par suite de la divergence de deux textes[1], mais dont l'existence est incontestable. Le remboursement d'un dépôt irrégulier passe donc en cas de solvabilité insuffisante du débiteur avant le remboursement d'un *mutuum*.

APPENDICE AUX §§ III ET IV

1179 *bis*. — **Actions** *IN JUS* **et actions** *IN FACTUM*. — Les Institutes de Gaius nous apprennent qu'à l'époque classique le dépôt et le commodat donnaient ouverture chacun à deux actions, l'une *concepta in factum*, l'autre *concepta in jus*. — Gaius donne même les deux rédactions[2].

La coexistence de ces formules *in jus* et *in factum* est assez difficile à expliquer.

La plupart des romanistes supposent que les deux contrats auraient été d'abord sanctionnés par le prêteur au moyen d'une action *in factum*, que la formule *in jus* aurait été créée postérieurement, mais que l'on aurait, après cette création conservé la formule *in factum* à l'usage des fils de famille qui ne pouvaient se servir de formules *in jus conceptæ*.

D'après M. Jobbé-Duval, le même phénomène juridique se serait produit pour le *pignus* dont Gaius ne parle point[3].

1 L. 7, *depositi vel contra*. et L. 24 *de reb. auct. judicis possidendis* extraites toutes deux d'Ulpien *ad edictum*.

2 Gaius, 4, 47.

3 M. Jobbé-Duval, à son cours.

Digitized by Google

§ V. — Du gage.

1180. — Le *pignus :* Le gage — (*pignus*) est un contrat réel, de bonne foi, synallagmatique imparfait, dans lequel la *res* est remise à titre de sûreté à un créancier qui doit la garder jusqu'à ce que la dette ainsi garantie soit éteinte.

Nous avons déjà donné une idée du gage dans notre *Première partie* (n. 739-742), et nous l'étudierons à nouveau en traitant des *sûretés réelles* (V. *infrà*, n. 1185).

1181. — Nous nous bornerons à rappeler ici que la constitution de gage se produisit d'abord à l'aide d'une translation de la propriété accompagnée d'une clause de fiducie : par la suite on se contenta de remettre au créancier la simple possession de la chose.

1182. — Remarquons toutefois que le créancier-gagiste, n'est pas, comme le commodataire ou le dépositaire, un simple instrument de détention pour le propriétaire de la chose. Il a un droit propre, distinct et même, dans une certaine mesure, en contradiction avec le droit du constituant.

Aussi lui donne-t-on les *interdits possessoires :* sa possession est protégée contre les tiers et même contre le constituant.

Le commodataire et le dépositaire n'ont que la *nuda detentio :* le créancier-gagiste a la possession *ad interdicta* [1].

Ni le commodataire, ni le dépositaire, ni le créancier-gagiste n'ont la possession *ad usucapionem.*

1 V. Girard, *Manuel*, p. 260.

Digitized by Google

1183. — **Actions qui naissent du gage** : Le contrat de gage fait naître : 1° une action *pigneratitia directa* au profit du constituant, à l'effet de se faire restituer le gage quand la dette est éteinte; 2° une action *pigneratitia contraria* au profit du créancier-gagiste à l'effet de se faire indemniser des dépenses faites pour la conservation de la chose engagée.

1184. — *Antichrèse* : On appelle *antichrèse* la convention par laquelle, lorsqu'une chose frugifère a été donnée en gage, le constituant et le créancier-gagiste ont arrêté de compenser les fruits perçus par le créancier avec les intérêts de la créance. En dehors de cette convention, le créancier ne pourrait user de la chose donnée en gage sans commettre un *furtum usus*.

APPENDICE AU § V

Les contrats pignoratifs et les sûretés réelles en général.

1185. — **Sûretés réelles** : Le gage ainsi que nous l'avons expliqué dans notre *Première partie* (n. 739-746) a passé par trois transformations successives : 1° le contrat de *fiducie* (V. *suprà*, n. 1181) dans lequel la propriété était transmise au créancier-gagiste; 2° le *pignus* dont il vient d'être parlé et qui se forme par la simple remise de la posses-

Digitized by Google

sion au créancier ; 3° enfin l'hypothèque, contrat prétorien sanctionné d'abord dans un cas particulier par l'*interdit salvien*, puis par l'*action servienne*. Nous savons que l'action servienne fut généralisée sous le nom d'action *quasi-servienne* ou *hypothécaire*.

La fiducie, le gage, l'hypothèque, l'antichrèse, constituent le groupe des *sûretés réelles*, ou *contrats pignoratifs*[1].

1186. — **Analogie du gage et de l'hypothèque** : A en croire les jurisconsultes romains, il n'y a entre le gage et l'hypothèque qu'une différence de nom : « *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt!* » C'est beaucoup dire, puisqu'il y a dans le gage (*pignus*), tradition immédiate de la possession, tandis que, dans l'hypothèque, cette tradition est différée jusqu'à l'échéance de la dette ; — et que, d'autre part, l'hypothèque se constitue au moyen d'un pacte prétorien, tandis que le gage est un contrat réel de droit civil.

Mais il est certain qu'une fois que le *jus possidendi* a été obtenu par l'exercice de l'action quasi-servienne, le créancier hypothécaire devient un créancier-gagiste, et les différences s'effacent.

1187. — **Objet du gage et de l'hypothèque** : Le gage et l'hypothèque peuvent, l'un et l'autre, avoir pour objet des meubles aussi bien que des immeubles.

1188. — *Jus distrahendi* : Le créancier hypothécaire qui a obtenu la remise de la chose par

1 Dig., *de pign. et hyp.*, 17 ; *de pignerat. act.*, 9, 2.

Digitized by Google

l'action quasi-servienne, et le créancier-gagiste ont tous deux le *jus distrahendi*, c'est-à-dire le droit de vendre la chose pour se payer sur le prix.

Ce *jus distrahendi* ne fut pas, dans le principe, concédé au créancier : on lui accordait seulement le droit de retenir le gage jusqu'au paiement [1].

Le *jus distrahendi* passa lui-même par trois périodes : d'abord, il n'appartint au créancier que lorsqu'il l'avait formellement stipulé [2]. Au temps des Sévères, il devint de la nature du gage : le *pignus* n'y échappait qu'autant que le débiteur avait fait à cet égard un pacte avec son créancier ; — sous Justinien, le *jus distrahendi* est de l'essence du gage, et le créancier, malgré toute convention contraire, peut l'exercer après trois sommations de payer adressées infructueusement au débiteur [3].

1189. — **Pacte commissoire** : Le pacte commissoire est une convention aux termes de laquelle le créancier est autorisé à garder le gage en paiement de sa créance. C'est une convention fort dangereuse, car elle peut entraîner pour le débiteur l'aliénation d'un objet d'une valeur bien supérieure à sa dette. Cette convention, qui est absolument prohibée en droit français, fut licite, en droit romain, jusqu'au règne de Constantin.

Constantin la prohiba, et ne laissa au créancier que le droit de vendre la chose engagée et d'en garder le prix jusqu'à concurrence de sa créance :

1 Gaius, 2, 6, 4.
2 Gordien, c. *de distr. pign.*, 7.
3 Dig., *de pign. act.*, 4 (interpolation). Les trois sommations étaient déjà exigées pendant la période précédente, *mais dans le cas où la convention permettait l'aliénation du gage* (Paul., Sent., 2, 5. 1).

Digitized by Google

l'excédent du prix de vente sur la dette dut être remis au débiteur [1].

1190. — **Mode de réalisation du gage :** Le créancier, en droit romain, n'est pas tenu de vendre le gage ou la chose hypothéquée aux enchères ; la *réalisation du gage* se fait au moyen d'une vente amiable.

1191. — **Règle** « *prior tempore potior jure* » : Un même objet peut être hypothéqué à plusieurs créanciers : le prix de la vente, en pareil cas, ne se répartit point au marc le franc entre les créanciers hypothécaires ; le premier créancier est d'abord payé intégralement, puis le second, et ainsi de suite : lorsque le prix est épuisé par un créancier antérieur, le créancier postérieur ne touche rien.

L'ordre des hypothèques s'établit par la date des contrats [2].

1192. — *Jus offerendi pecuniam :* Il n'y a que le créancier premier en rang qui puisse vendre la chose. Les créanciers postérieurs n'ont que le *jus offerendi pecuniam*, c'est-à-dire le droit de rembourser le créancier antérieur pour prendre sa place et ses droits [3]. On s'est demandé si, au profit du créancier postérieur qui exerce le *jus offerendi*, il y avait *successio in jus*, ou *successio in locum*, c'est-à-dire si le créancier postérieur prenait

1 * C. 8. 34 (35), *de pact.-pign.*, 3 (Constantin). Mais le créancier peut obtenir de l'empereur la permission de garder le gage en paiement après estimation. C'est ce qu'on appelle l'*impetratio dominii* (C. 8, *de jure dom. impetr.* 8, 33 [34]) — Sur le droit antérieur, V. *Fragm. Vat.*, 9.

2 Dig., *qui potiores in pignore*, 11 (Gaius).

3 Paul, *Sent.*, 2, 13, 8.

Digitized by Google

simplement le *rang*, ou s'il acquérait le *droit* du créancier remboursé.

Quel est l'intérêt de la question? C'est que, s'il s'agit d'une *successio in jus*, le *jus offerendi pecuniam* peut être exercé par un créancier qui n'a pas d'hypothèque, un simple créancier chirographaire. Si, au contraire, il s'agit d'une *successio in locum*, la première condition pour acquérir un *rang hypothécaire* est d'avoir préalablement une hypothèque ; la question est controversée [1].

1193. — Le *jus offerendæ pecuniæ* peut être et est parfois exercé par un créancier antérieur à l'égard d'un créancier postérieur : ce ne sera pas, croyons-nous, pour empêcher une mévente résultant d'une *distractio* tentée dans des conditions défavorables, car nous ne croyons pas que cette *distractio* soit possible pour un créancier d'un rang inférieur, mais plutôt pour conserver un bon placement dont le créancier de rang supérieur serait privé, si le créancier subséquent exerçait lui-même le *jus offerendi*. En un mot, le créancier antérieur, en pareil cas, rembourse le créancier postérieur *pour n'être pas remboursé par lui.*

1194. — **Sources diverses des sûretés réelles** : Les sûretés réelles ne procèdent pas toujours d'un contrat pignoratif : elles résultent parfois de la loi ou d'un jugement. On peut donc diviser les sûretés réelles, en sûretés contractuelles, légales, judiciaires; mais nous ne croyons pas que l'on puisse en conclure, comme le font quelques auteurs, à une division des *hypothèques* en hypothèques conventionnelles, légales, judiciaires, analogue à celle du droit français.

1195. — *Sûretés conventionnelles :* celles qui résultent du contrat réel civil de *pignus* ou du pacte prétorien d'hypothèque : nous n'avons pas besoin d'y revenir.

1196. — *Sûretés légales :* 1° L'hypothèque du *locator* d'un fonds rural sur les récoltes et sur les objets garnissant la ferme (*invecta et illata*).

1 V. Code, *de pign. et hyp.* 22 (Dioclétien et Maximien).

Digitized by Google

2° L'hypothèque des impubères *sui juris*, des mineurs de vingt-cinq ans, des fous sur les biens de leurs tuteurs ou de leurs curateurs (V. *Première année de droit romain*, n. 387, 390, 423).

3° L'hypothèque des femmes mariées sur les biens de leur mari (V. *Première partie*, n. 853).

1197. — *Sûretés judiciaires :* nous ne connaissons que le *pignus judiciale* ou *pignus ex causa judicati captum;* ce n'est pas une hypothèque, mais bien un *pignus*. Le créancier qui avait obtenu jugement ou qui pouvait se prévaloir d'une *confessio in jure* avait deux moyens de s'assurer le paiement : 1° la *missio in possessionem* qui portait sur tout le patrimoine et aboutissait à la *publicatio bonorum* (V. *Première partie*, n. 561 et 562); 2° la prise de gage qu'il ne faut pas confondre avec la *pignoris capio* des actions de la loi, quoiqu'elle porte le même nom. Le créancier, avec l'autorisation du magistrat, s'emparait de certains objets appartenant au *judicatus* ou au *confessus* et les faisait vendre par le ministère des *apparitores*.

1198. — **Critique du système hypothécaire romain :** Le vice du système hypothécaire romain (vice que l'on peut reprocher également au système du droit français antérieur à la loi du 11 brumaire an VII) est la clandestinité. Les hypothèques étant occultes, un créancier peut toujours craindre de voir son droit primé par un droit antérieur dont il ignore l'existence. — On peut ajouter que la vente amiable du gage présentait peu de garanties pour le débiteur et les créanciers de rang inférieur, car le créancier qui réalisait le gage pouvait le vendre à vil prix.

SECTION III

Les contrats consensuels.

1199. — Les contrats consensuels du droit civil sont la *vente*, le *louage*, la *société* et le *mandat*.

Digitized by Google

Ce sont les contrats les plus usuels : c'est même certainement à ce caractère d'utilité journalière qu'est due l'évolution qui, vers le dernier siècle de la République, dégagea ces contrats des entraves du formalisme, et leur attribua pour fait générateur le simple accord des parties contractantes.

1200. — Ces contrats sont tous de bonne foi. — Les trois premiers sont synallagmatiques dans la force du terme : le dernier (le mandat) est synallagmatique imparfait.

§ I. — La vente.

A. — Notions générales et historiques.

1201. — **Définition** : La vente est un contrat consensuel synallagmatique par lequel une partie s'engage à livrer une chose qu'une autre partie s'engage à payer. La partie qui s'oblige à livrer la chose porte le nom de *venditor*, et ses droits sont sanctionnés par l'action *venditi* ou *ex vendito* ; — celle qui s'oblige à payer le prix est appelée *emptor :* elle a de son côté une action *empti* ou *ex empto*. L'opération, envisagée dans son ensemble, reçoit, en droit romain, le nom d'*emptio venditio*.

1202. — **Histoire de la vente** : Le seul moyen de commerce des peuples primitifs est l'échange : l'échange est donc la première forme de la vente et ne peut céder la place à la vente proprement dite qu'après l'invention ou l'adoption d'une monnaie.

Cette évolution s'est produite chez les Romains comme chez les autres peuples : et nous en pouvons suivre la trace. Ce qu'il est plus difficile d'établir, c'est l'histoire de la vente depuis le moment où elle se substitua à l'échange jusqu'à l'époque relativement récente où elle devint un contrat consensuel. D'après certains auteurs, la vente se serait d'abord produite sous la forme d'un contrat réel dans lequel la remise de

Digitized by Google

la chose constituait la solennité substantielle et faisait naître l'obligation du paiement du prix. Suivant une autre opinion, qui nous paraît préférable, la vente dut se conclure dans le principe au moyen d'une double stipulation : le vendeur promettait la chose et l'acheteur le prix [1].

1203. — **Éléments de la vente ;** Trois éléments sont nécessaires et suffisent à l'existence de la vente : une chose, un prix en argent, et l'accord des parties sur la chose et le prix : *res*, *pretium*, *consensus*.

1204. — A. *De la chose :* Toute chose dans le commerce peut faire l'objet d'une vente : une chose future aussi bien qu'une chose présente, une *spes* ou *alea* aussi bien qu'un objet dont l'existence est certaine — un *genus* aussi bien qu'une *species*. Signalons toutefois une doctrine récente d'après laquelle les Romains auraient fait de la vente d'un *genus* non une vente proprement dite mais un contrat innommé [2].

1205. — B. *Du prix :* Le prix doit consister en argent monnayé : *forma signata populi romani*. Il doit être : 1° *certain*, c'est-à-dire déterminé ou déterminable, à dire d'expert convenu par les parties, *boni viri arbitrio* [3]; 2° *sérieux*, car sans cela la prétendue vente n'est qu'une donation déguisée; 3° *non vil :* mais cette dernière condition n'apparaît que sous Dioclétien, qui introduisit la rescision de la vente pour cause de vilité du prix [4].

1206. — C. *Du consentement :* Le consentement

1 V. Girard, *Manuel*, p. 524. Cuq, *Institutions*, p. 595 et s.
2 Brinz, *Pandekten*, 2, § 696.
3 Gaius, 3, 140.
4 M. Jobbé-Duval ajoute qu'elle ne s'applique qu'aux ventes immobilières ; cette solution est très contestée (M. Jobbé-Duval, à son cours).

Digitized by Google

peut être donné soit verbalement *inter præsentes*, soit par lettre, soit par l'intermédiaire d'un *nuncius* (porte-paroles, messager).

Il importe de ne pas confondre le *nuncius* avec le mandataire (*procurator*). Par suite du système romain de la *non-représentation* (V. *infrà*, n. 1302), le mandataire qui figurerait dans une vente pour le compte de l'une ou l'autre partie deviendrait personnellement acheteur ou vendeur. Le *nuncius* au contraire n'est que l'organe de celui qui l'envoie ; la vente contractée par l'intermédiaire de *nuncii* lie entre eux non les *nuncii*, mais l'acheteur et le vendeur qui ont eu recours à leur ministère[1].

1207. — **Conditions de formation du contrat :** Le contrat de vente est parfait dès que les parties sont tombées d'accord sur la chose et sur le prix. Il n'est pas besoin qu'un écrit soit rédigé ou que des arrhes aient été données[2].

1208. — Toutefois Justinien a innové sur ce point : lorsque les parties ont convenu que la vente serait rédigée par écrit, tant que cet écrit n'est pas rédigé, il n'y a qu'un projet de vente : et le contrat n'est parfait que lorsque l'acte instrumentaire a été dressé[3].

1209. — **Des arrhes :** On appelle *arrhes* une somme d'argent, ou un objet quelconque (souvent un anneau) que l'acheteur remettait au vendeur au moment des accords. Ce n'était qu'une preuve, un témoignage de la formation du contrat : *signum contractæ emptionis*[4].

1 Gaius, 3, 135.
2 Instit., *de empt. et vend.* pr.
3 *Ibid.*
4 Gaius, 3, 139.

Digitized by Google

1210. — Sous Justinien les arrhes ont changé de signification : elles consistent toujours en espèces et ont pris le caractère d'un dédit. Chacune des parties peut se départir du contrat, l'acheteur qui a versé les arrhes, en les perdant, et le vendeur qui les a reçues, en les rendant au double[1].

1211. — **Effets de la vente** : La vente, même d'un corps certain, est simplement génératrice d'obligations, mais non translative de propriété. C'est là la différence caractéristique entre le droit romain, et notre droit civil contemporain (art. 1138, C. civ.).

L'acheteur du droit français devient, au moment même de la vente, et doit être rendu propriétaire de la chose vendue. L'acheteur du droit romain a simplement une créance dont l'objet est la chose vendue. Il ne sera rendu propriétaire que par la tradition et même que par la mancipation, si la chose vendue est une *res mancipi; mancipationibus et traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*[2].

1212. — **Vente de la chose d'autrui** : C'est à raison de cette différence fondamentale dans les effets de la vente en droit romain et en droit français, que, chez nous, la vente de la chose d'autrui est nulle (art. 1599, C. civ.), tandis qu'elle est valable en droit romain. Il suffit que l'obligation contractée par le vendeur ne soit pas impossible à exécuter pour que la vente ait une valeur : or il n'est pas impossible au vendeur de se procurer la chose d'autrui, d'en faire tradition à

1 Instit, *de empt. et vend.* pr.
2 Code, L. 20, *de pactis* (Dioclétien et Maximien).

Digitized by Google

l'acheteur, et même de le garantir dans la suite de toute éviction [1].

1213. — Nous devons observer toutefois que, même en droit romain, l'acheteur pourrait se refuser à payer le prix s'il découvrait que son cocontractant lui a vendu *sciemment* la chose d'autrui; l'acheteur pourrait même intenter contre le vendeur l'action *empti* à l'effet de lui demander des dommages-intérêts.

La différence sur ce point entre le droit romain et le droit français est moins profonde qu'elle ne le paraît d'abord : elle se réduit à ce point : que l'acheteur français peut agir en dommages-intérêts contre son vendeur, quoique celui-ci lui ait vendu de *bonne foi* la chose d'autrui, la *croyant sienne*, tandis que l'acheteur romain ne peut attaquer son vendeur que s'il a agi *de mauvaise foi*, n'ignorant point qu'il n'était pas propriétaire de l'objet vendu [2].

1214. — *Res furtivæ :* Dans tous les cas les *res furtivæ* (choses volées) ne peuvent faire l'objet d'une vente.

B. — Obligations du vendeur

1215. — **Ensemble des obligations du vendeur :** Le vendeur est tenu de : 1° procurer la possession à son acheteur (*vacuam possessionem tradere*); 2° garantir cette possession (*ob evictionem se obligare*). A ces deux obligations les juris-

1 *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est* (Ulpien, Dig. L. 28, *de contr. empt.*).

2 Dig., *de act. empt. et vend.*, 30, 1 (Africain).

Digitized by Google

consultes romains en ajoutent parfois une troisième : *purgari dolo malo*[1*].

Le vendeur romain n'est pas tenu comme le vendeur français contemporain de transférer la propriété; mais, si cette translation est possible, il ne doit point s'y refuser : car l'obligation de demeurer pur de tout dol (*purgari dolo malo*) implique pour le vendeur celle de transférer à l'acheteur tous les droits qu'il peut avoir sur la chose. C'est pour cela que le vendeur d'une *res mancipi* ne doit pas se contenter d'en effectuer la tradition : il doit en faire la mancipation.

1216. — **Obligation de délivrance :** L'obligation de délivrance s'exécute au moyen de la remise matérielle de la chose; elle serait accomplie par l'effet d'une simple tradition, même si l'objet vendu était une *res mancipi :* nous venons de voir que, dans ce cas, la nécessité de manciper la chose procède d'une autre obligation du vendeur : l'obligation de ne pas commettre de dol.

1217. — **Obligation de garantie** (*ob evictionem obligatio*) : On a dit non sans raison que l'obligation de garantie était comme la prolongation de l'obligation de délivrance. Il ne suffit pas en effet que le vendeur remette la possession à l'acheteur, il faut encore qu'il la maintienne à son profit, *qu'il la fasse durer.*

1218. — La garantie est due par le vendeur à l'acheteur : 1° à raison de l'*éviction;* 2° à raison des vices cachés.

1* Pourquoi le vendeur n'est-il pas obligé de transférer la propriété ? C'est, répond M. Jobbé-Duval, pour permettre la vente des fonds provinciaux et rendre la vente possible aux personnes qui n'ont que l'*in bonis* (M. Jobbé-Duval à son cours).

Digitized by Google

C. — ÉTUDE SPÉCIALE DE LA GARANTIE D'ÉVICTION.

1219. — **De l'éviction :** L'éviction est l'ablation de la chose à l'acheteur par une sentence du juge : *per judicis sententiam jure facta ablatio*[1]. Ainsi entendue, l'éviction peut se produire dans deux hypothèses : celle où l'acheteur en possession succombe comme défendeur dans un procès en revendication intenté contre lui par le véritable propriétaire de l'objet vendu *a non domino*, — celle où, dépossédé après la tradition, il intente lui-même l'action en revendication, et se voit débouté de sa demande au profit de son adversaire. Dans ces deux hypothèses, il y a dépossession matérielle.

1220. — Mais les jurisconsultes romains admettent qu'il y a encore éviction lorsque l'acheteur conserve la chose à un titre différent de la vente, comme, par exemple, s'il se trouve héritier du véritable *dominus*.

1221. — **Histoire de la garantie d'éviction :** a) *Action* AUCTORITATIS. Au temps où la vente des *res mancipi* se faisait par le moyen de la mancipation, l'acheteur était protégé contre l'éviction par l'action *auctoritatis* qui résultait de plein droit (au moins à notre sens) de la mancipation[2].

1222. — L'obligation de garantie astreignait le vendeur, au cas où une revendication était intentée contre l'acquéreur, à venir au secours de ce-

1 Mühlenbruch. — Conf. *Frag Vat.*, 10.
2 Paul, *Sent.*, 2, 17, 1. Sur toute cette matière, voir l'étude de M. Girard *sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain.*

Digitized by Google

lui-ci, à l'assister dans le procès en lui prêtant son *auctoritas*, à fortifier, à *augmenter* (*augere* d'où *auctoritas*) sa défense. Cicéron et Valérius Probus nous ont conservé les paroles solennelles par lesquelles le vendeur, s'il était présent devant le magistrat, était provoqué à intervenir : « *quando in jure te conspicuo, postulo anne fuas auctor?* » « Puisque je t'aperçois devant ce tribunal, je te demande si tu te portes garant (*auctor*)? » [1].

S'il refusait son assistance au défendeur ou s'il succombait, il y avait lieu à l'action *auctoritatis* qui s'engageait sous la forme ordinaire du *sacramentum* et qui aboutissait à une condamnation au double du prix de vente.

1223. — L'action *auctoritatis* ne pouvait s'intenter que pendant deux ans, non qu'elle fût éteinte par une prescription quelconque, mais tout simplement parce que la propriété de la chose mancipée *a non domino* se trouvant, au bout de deux ans, consolidée au profit de l'acheteur par l'usucapion, celui-ci était délivré de toute menace d'éviction, et n'avait plus besoin de l'action *auctoritatis* pour se défendre. Il n'y a pas de raison pour que la protection survive au péril.

1224. — b) *Stipulatio duplæ :* L'action *auctoritatis* résultait de la mancipation et ne résultait que de la mancipation ; d'où cette conséquence que sa protection ne s'étendait point aux ventes de *res nec mancipi*. Les parties que la loi ne protégeait pas pourvurent elles-mêmes à leur sûreté par des stipulations de garantie. Les acheteurs se firent promettre par leurs vendeurs, en cas d'éviction, la

1 Valerius Probus, *Notæ*. Girard, *Textes*, p. 172.

Digitized by Google

restitution du prix ou d'un multiple du prix. Ces stipulations sont déjà conseillées par Varron (*de re rustica*)[1], c'est ainsi que prit naissance l'action *ex stipulatu duplæ* que nous trouvons à l'époque classique fonctionnant à l'état de sanction normale de la garantie en matière d'éviction.

1225. — La promesse du *duplum* était facultative dans le principe. Une disposition de l'Édit des Édiles la rendit obligatoire dans les ventes d'esclaves et d'animaux, mais nous doutons que cette obligation ait été absolument généralisée comme on l'enseigne quelquefois[2].

1226. — c) *Stipulation* REM HABERE LICERE : Il ne faut pas confondre la *stipulatio duplæ* avec une autre stipulation qui était également en usage et qui s'employait soit isolément, soit concurremment avec la première : la stipulation *rem habere licere*, celle-ci n'est pas une *stipulatio certa* : elle a pour objet le *quidquid interest*, c'est-à-dire le montant du préjudice qui sera causé par l'éviction. C'est sur cette stipulation « *rem habere licere* » et non sur la stipulation d'un multiple du prix qu'a été modelée l'action *empti*[3].

1227. — d) *Action* EMPTI : L'action *empti* apparaît la dernière, à une époque nécessairement postérieure à la création des actions de bonne foi (postérieure par conséquent à la loi *Æbutia*), mais qu'on ne peut préciser au juste. L'évolution législative a consisté à sous-entendre dans le contrat la stipulation *rem habere licere*, et à permettre, en

1 Varron, *de re rustica*, 2, 2, 6 ; 3 5 ; 4, 4.
2 Dig., *de evict.*, 37, 1, *in fine* (Ulpien).
3 Varron, *loc. cit.*

Digitized by Google

dehors de tout contrat formel accessoire à la vente, à l'acheteur évincé d'obtenir le *quidquid interest* par l'action même du contrat (l'action *empti*)[1].

1228. — Ces diverses actions se sont d'ailleurs superposées sans s'effacer l'une l'autre; l'action *auctoritatis*, l'action *ex stipulatu duplæ* et l'action *empti* coexistent toutes les trois au temps de Gaius et même de Paul[2].

Seulement l'action *empti* existe dans tous les cas, tandis que l'action *auctoritatis*, et l'action *ex stipulatu duplæ* n'existent, la première que lorsqu'il y a eu mancipation[3], — et la seconde que lorsque la stipulation de garantie est réellement intervenue.

La *promissio duplæ* finit par être considérée comme imposée par la bonne foi, et l'acheteur pouvait avant toute éviction, agir par l'*actio empti* contre son vendeur pour l'obliger à faire cette *promissio*[4].

1229. — **Comparaison entre l'action *empti* et l'action *ex stipulatu duplæ* :** 1° L'action *empti* est une action de bonne foi, tandis que l'action *ex stipulatu duplæ* est une action de droit strict.

2° L'action *ex stipulatu* a pour objet la restitution du double du prix; l'action *empti*, le *quidquid interest*, c'est-à-dire le montant du préjudice souffert par l'acheteur : l'objet vendu a-t-il augmenté de valeur depuis la vente? L'acheteur obtiendra par

1 Dig., *de act., empti et vend.*, 30, 1 (Africain).
2 Paul, *Sent.*, 2, 17, 1.
3 *Ibid.*, 2. 17. 3.
4 Dig., *de evict.*, 37 pr.

Digitized by Google

l'action *empti*, une indemnité supérieure au prix d'acquisition. La chose a-t-elle au contraire diminué de valeur (un esclave vendu est-il, par exemple, devenu borgne, boiteux ou poitrinaire), l'action *empti* ne procurera à l'acheteur évincé que la valeur de l'objet au moment de l'éviction, c'est-à-dire une valeur qui peut être très inférieure au prix d'acquisition.

3° Enfin il y a des cas où l'action *empti* est seule admise, d'autres où l'action *ex stipulatu* est seule efficace; mais cette différence sera étudiée dans les paragraphes suivants.

1230. — **Concours des deux actions** : En principe, l'acheteur peut se servir à son choix de l'une ou de l'autre des deux actions : il peut même, à l'époque de Justinien, s'il a eu d'abord recours à la moins avantageuse, intenter la seconde pour obtenir *quod amplius in ea est;* mais il nous paraît certain qu'à l'époque classique, on ne pouvait intenter les deux actions l'une après l'autre et que l'on appliquait dans toute sa rigueur la règle « *Electa una via non est regressus ad alteram* ».

1231. — Dans certains cas exceptionnels l'acheteur n'a pas le choix : il ne peut intenter que l'action *empti*, ou il ne peut intenter que l'action *ex stipulatu* (V. n° suivant).

1232. — **Formule à retenir** : *L'acheteur ne peut intenter que l'action* EMPTI *lorsque, par suite de la vente* A NON DOMINO, *il subit un préjudice sans dépossession juridique, il ne peut intenter que l'action* EX STIPULATU *lorsqu'il subit une dépossession juridique sans préjudice.*

Des exemples éclaireront ces deux hypothèses :

1° L'acheteur devient l'héritier du véritable *dominus :* il n'est pas menacé de dépossession juridique, car il ne peut

Digitized by Google

s'évincer lui-même. Il n'a pas l'action *ex stipulatu* qui ne s'accorde que dans le cas d'une dépossession matérielle par sentence du juge ; mais il a l'action *empti* pour se faire rendre *quidquid interest* c'est-à-dire le prix qu'il a payé sans cause [1].

2° L'acheteur est actionné en revendication par le véritable *dominus*. Pendant le procès, la chose vendue périt par cas fortuit (après la *litiscontestatio*). L'acheteur sera néanmoins condamné en ce sens que le juge déclarera l'existence de la propriété au profit de son adversaire, mais il estimera à zéro le montant de l'indemnité à allouer au demandeur en revendication.

L'acheteur ne subit aucun préjudice : il n'a rien à payer, et la chose eût péri pour lui s'il en était réellement devenu le propriétaire. Il n'aura pas l'action *empti* pour réclamer un *quidquid interest* qui est égal à zéro ; mais il aura l'action *ex stipulatu;* car la condition de la promesse qu'il s'est fait faire (promesse de restitution de prix en cas d'éviction) est désormais accomplie [2].

1233. — **Évictions donnant ouverture à garantie :** Le vendeur ne doit garantie que : 1° des évictions dont la cause est antérieure à la vente; 2° des évictions postérieures à la vente qui procèdent de son fait. Quant aux évictions dont la cause est postérieure à la vente et qui ne procèdent pas de son fait, il n'a pas à en répondre, car il ne pouvait ni les prévoir lors de la vente, puisque la cause n'en existait pas encore, ni les empêcher après.

1234. — **Exception** *rei venditæ et traditæ :* Le vendeur ne peut évincer lui-même son acheteur : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Si le vendeur intentait une action en revendication contre son acheteur,

1 Dig., *de act. empti et vend.*, 13, 15 (Ulpien) ; *de evict.*, 41, 2 (Paul).

2 Arg., *a contrario* de L. 26, Code *de evict.* (Dioclétien et Maximien).

Digitized by Google

l'acheteur repousserait cette action par l'*exceptio rei venditæ et traditæ*[1].

1235. — **Convention de non-garantie** : Le vendeur peut, dans le contrat d'acquisition, renoncer à la garantie, car la garantie est de la *nature*, mais non de l'*essence* de la vente. La clause de non-garantie serait toutefois inopérante s'il y avait dol de la part du vendeur. — Dans tous les cas, le vendeur ne pourrait jamais s'autoriser de la clause de non-garantie pour évincer lui-même son acheteur. Ces solutions nous paraissent devoir être rattachées à l'obligation imposée au vendeur de s'abstenir de tout dol (*purgari dolo malo*)[2].

D. — ÉTUDE SPÉCIALE DE LA GARANTIE DES VICES CACHÉS.

1236. — **Vices cachés** : Il s'agit ici des vices qui rendent l'objet vendu impropre à l'usage auquel il était destiné par l'acheteur, ou qui en diminuent considérablement la valeur, et qui n'ont pu être découverts par l'acheteur qu'après la livraison.

1237. — **Histoire de la garantie des vices cachés** : Nous ne trouvons trace, dans l'ancien droit romain, que de deux actions concernant les vices cachés, — actions d'un caractère très spécial l'un et l'autre : 1° l'action *de modo agri* donnée à l'acheteur pour déficit de contenance[3] ; 2° l'action *auctoritatis* que nous avons vu donner en cas d'éviction d'une chose mancipée *a non domino*, mais qui s'appliquait aussi dans le cas où, un fonds ayant été vendu *ut optimus maximus* (comme libre de servitudes), l'acheteur découvrait,

1 Dig., *de exc. rei vend. et trad.*, L. 1. (Ulpien) ; L. 3, Hermogénien.
2 L'exception *rei venditæ traditæ* qui est opposée en ce cas au vendeur n'est qu'une forme de l'exception de dol (M. Jobbé-Duval à son cours).
3 Paul, *Sent.*, 2, 17, 4.

Digitized by Google

postérieurement à son acquisition, des servitudes passives qui en diminuaient la valeur[1].

1238. — *Stipulatio duplæ :* La loi avait négligé de pourvoir à la sécurité des acheteurs : ceux-ci y pourvurent eux-mêmes en stipulant la restitution du double du prix, non seulement en vue de l'éviction, mais aussi en vue de la découverte de vices cachés de la chose. Il n'est besoin, pour cela, que de soumettre la *stipulatio duplæ* à deux conditions dont une seule, en s'accomplissant, suffirait à donner ouverture à l'action *ex stipulatu*[2].

1239. — **Édit des édiles :** Les édiles, chargés de la police des marchés, introduisirent dans le droit honoraire l'obligation de la garantie légale (et non plus conventionnelle) des vices cachés, en créant les actions *rédhibitoire* et *quanti minoris* qui tendaient, la première à l'annulation de la vente, la seconde à une diminution du prix. Les édiles avaient surtout voulu viser les marchands d'esclaves (*mangones*)[3]. Mais leur système répressif avait été généralisé très promptement, s'il n'avait pas été général dès le principe.

1240. — **Droit nouveau :** Aux termes de la loi 1. D. pr. *de ædilitio edicto*, la garantie des vices cachés aurait été appliquée à toutes les ventes tant mobilières qu'immobilières dès le temps de Labéon[4].

1241. — *Action rédhibitoire :* L'action rédhibitoire tend à la résolution de la vente et à la resti-

1 Dig., *de evict.*, 75 (Venuleius).
2 Triptyques de Transylvanie (nos 1 et 2). — Girard, *Textes*, p. 759 et 760.
3 Plaute, *Les captifs*, v, 756. — Dig. L. 1, *de ædilitio edicto* (Ulpien).
4 *Ibid.*

Digitized by Google

tution du prix : elle ne peut bien entendu être exercée plus d'une fois, puisqu'on ne pourrait concevoir deux annulations du même contrat.

Elle ne dure que six mois[1], et est éteinte lorsque l'acheteur aliène la chose ou la grève de droits réels. — Il semble en effet que, par cette attitude, l'acheteur indique son intention de renoncer à se prévaloir de l'annulabilité du marché.

1242. — **Action** *quanti minoris* (les mots *quanti minoris* sont l'abréviation de la phrase *quanti minoris emisset :* l'action tend en effet à obtenir la somme que l'acheteur eût *donnée en moins*, s'il avait connu les vices de l'objet vendu) : l'action *quanti minoris* poursuit la diminution du prix; elle peut s'intenter autant de fois que le vendeur découvre un nouveau vice de la chose.

Elle dure un an[2].

E. — Appendice.

La garantie en dehors du contrat de vente.

1243. — L'obligation de garantie n'est pas spéciale à la vente. — On la rencontre, dans la *datio in solutum* (V. *infrà*, n. 1394); — dans l'échange où elle est, à notre avis, ramenée à exécution au moyen d'une action *in factum*[3] (V. *infrà*, n. 1325); — dans le partage où elle donnerait également lieu à une action *in factum*.

Si le partage se fait judiciairement (action *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*), le juge faisant donner réciproquement aux copartageants une *cautio de evictione*, il s'ensuit que le recours en garantie s'exerce au moyen d'une action *ex stipulatu*.

1244. — **Donations** : Le donataire ne peut, en thèse

1 L 38, *Ibid.* (Ulpien).
2 Dig., L. 38. pr. *eodem titulo.*
3 Dig., XIX, 4, L. 1, 1.

Digitized by Google

générale, agir en garantie contre le donateur. Le mari toutefois a droit à la garantie lorsqu'il est évincé d'un objet apporté en dot par la femme et *estimé*. En effet « estimation vaut vente » et le mari est considéré comme un *acheteur* de l'objet estimé.

F. — Obligations de l'acheteur.

1245. — **Paiement du prix :** L'obligation essentielle de l'acheteur est l'obligation de payer le prix : *dare pretium*.

A la différence du vendeur qui n'est pas obligé de transférer la propriété de la *res*, l'acheteur est obligé de transférer la propriété des espèces.

1246. — Le paiement du prix doit être immédiat si la vente est faite au-comptant ; il est différé dans les ventes à crédit. Le prix payable comptant peut être refusé par l'acheteur lorsque le vendeur lui a vendu sciemment la chose d'autrui[1], — lorsque la tradition n'est pas faite, ou n'est pas suffisante (dans le cas par exemple, où la possession n'est pas *vacua*, où le vendeur se refuserait à manciper une *res mancipi*...).

1247. — **Garanties assurant le vendeur contre le défaut de paiement du prix:** Il faut en cette matière distinguer les ventes au comptant et les ventes à crédit.

1248. — A. *Ventes au comptant :* Deux hypothèses peuvent se présenter : 1° Le vendeur n'a pas encore livré la chose vendue ; il peut se refuser à effectuer la tradition tant que le prix ne lui sera pas payé : c'est l'exercice du *droit de rétention*.

2° S'il a livré imprudemment l'objet dont il de-

1 *Frag., Vat.*, 12.

Digitized by Google

vait être payé comptant, mais sans, pour cela, accorder un terme à l'acheteur, sans se faire donner ni accepter une garantie personnelle (comme un fidéjusseur) ou réelle (comme un gage ou une hypothèque), il pourra exercer la revendication.

En effet il est de principe que la tradition n'est translative de propriété qu'autant qu'elle est faite *cum justa causa;* et qu'il n'y a pas *justa causa* lorsque, dans une vente au comptant, la tradition a été faité sans paiement du prix, le vendeur n'ayant pas l'intention de se dépouiller de la propriété sans être payé[1].

1249. — B. *Ventes à crédit.* Ni le droit de rétention, ni l'action en revendication ne compètent au vendeur dans les ventes à crédit.

En droit français, la loi assure au vendeur qui a fait crédit à son acheteur, qui *fidem emptoris secutus est*, deux garanties très efficaces (au moins en matière de vente d'immeubles) : le privilège du vendeur et l'action en résolution pour défaut de paiement du prix. Existe-t-il quelque chose d'analogue en droit romain?

Non. Mais les garanties que la loi ne lui a pas attribuées, le vendeur romain peut se les assurer conventionnellement : il peut, s'il est prudent, se mettre dans une situation aussi favorable que celle du vendeur français; — meilleure même au besoin, — en introduisant dans le contrat des clauses qui lui réservent la propriété jusqu'au paiement (*pactum reservati dominii*) — qui lui permettent de résoudre la vente (*lex commissoria*), — ou qui lui procurent une sûreté analogue à notre privilège de vendeur (*pactum hypothecæ*).

Ulpien, *Reg.*, 19, 7.

Digitized by Google

1250. — 1° Le *pactum reservati dominii* est assez familier aux Romains; la plupart du temps, ils le mettent sous la forme d'une *concession à précaire* (*precarium*). Le vendeur insère dans le contrat une clause aux termes de laquelle la tradition aura pour effet de transférer à l'acheteur non la propriété mais la possession à titre de précaire (concession révocable à la volonté du concédant). — La clause peut aussi affecter la forme d'un *constitut possessoire*, c'est-à-dire que l'acheteur déclarera dans le contrat qu'il possède non pour lui, mais pour le compte du vendeur[1].

1251. — 2° Le *pactum hypothecæ* crée au profit du vendeur un droit réel analogue, on pourrait même dire identique à notre privilège du vendeur; il permet au vendeur impayé d'exercer l'action quasi-servienne contre tout sous-acquéreur ou détenteur de l'objet vendu. Il présente même sur notre privilège de vendeur cet avantage que le droit de suite qu'il confère, peut s'exercer contre le tiers détenteur d'un objet mobilier[2].

1252. — 3° La *lex commissoria* (de *commissum* déchéance) est une clause aux termes de laquelle la vente sera résolue si l'acheteur ne paie pas le prix[3].

Cette dernière convention fait surgir une grave difficulté. Lorsque la déchéance résultant du défaut de paiement a été encourue par l'acheteur, quelle est l'action qui compète au vendeur pour s'assurer le bénéfice de la *lex commissoria*, pour que la chose vendue *inempta sit?*

1 Dig. 43, 26; L. 20, 18, 6; L. 16.
2 V. Dig., 27, 9, la loi 1, 4, qui suppose l'existence de ce pacte.
3 Dig. *de lege commis.*, 4 pr.

Digitized by Google

Il n'est pas douteux que le vendeur aura une action personnelle tendant à obliger l'acheteur à lui retransférer la propriété et, d'après les textes, cette action serait l'action *venditi* elle-même qui aurait par suite deux fins et tendrait, suivant la volonté du vendeur, à obtenir l'exécution ou la résolution du contrat.

1253. — Mais ne faut-il pas aller plus loin? Et ne peut-on pas décider que le vendeur aura la revendication?

Au premier coup d'œil, cela semble bien difficile, impossible même à admettre, incompatible avec les principes du droit romain en matière de transfert de la propriété.

Le simple effet de la clause résolutoire (*lex commissoria*) ferait repasser la propriété aliénée sur la tête du vendeur? Mais, dit-on, « *traditionibus et mancipationibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur* ». C'est une règle fondamentale bien connue.

Et cependant, il y a dans le sens de l'affirmative des textes très nets de Marcellus et d'Ulpien — sans parler de bien d'autres, moins probants, parce que leur sens, à tort ou à raison, a été contesté [1].

Presque tous les romanistes français, après s'être débarrassés des textes les moins clairs, ont enseigné que la doctrine de Marcellus et d'Ulpien était une doctrine personnelle et isolée.

La plupart des jurisconsultes allemands admettent l'opinion contraire : celle-ci a, dans ces derniers temps, trouvé des défenseurs en France et pourrait bien finir par y triompher.

Que répond-elle à l'objection que la propriété ne peut être *retransférée* par l'effet d'une simple convention? — Elle répond que la propriété n'a pas besoin d'être *retransférée* de l'acheteur au vendeur, car elle n'a jamais été transférée du vendeur à l'acheteur.

Elle n'a pas été transférée du vendeur à l'acheteur, parce que la *lex commissoria* n'est pas une condition résolutoire, mais bien une *condition suspensive*.

Et de tous les arguments qui ont été fournis à l'appui de

1 Dig. *de in diem addict.*, 4, 3 (Ulpien) ; *quibus modis pignus*, 3 (Ulpien); — Ulpien cite dans les deux textes le même passage de Marcellus (lib. 5, *digestorum*) ; — *de lege comm.* 8 (Scævola).

Digitized by Google

cette thèse, je présenterai, comme étant le plus saisissant, celui qu'invoque M. Appleton (*Propriété prétorienne*).

La tradition est translative de propriété quand le vendeur a suivi la foi de l'acheteur (*emptoris fidem secutus est*). Suit-il la foi de l'acheteur celui qui déclare que, s'il n'est pas payé dans un délai donné, la vente sera non avenue? Non, c'est au contraire un vendeur qui manifeste sa défiance.

Livrer sous une semblable réserve, ce n'est pas faire la tradition avec cette intention de se dépouiller de la propriété qui constitue la *justa causa.*

Et de la tradition faite sans *justa causa,* sans intention de transférer la propriété, on conclut à la conservation de la propriété par le vendeur jusqu'à l'échéance de la *lex commissoria*, et par suite au droit de revendication du vendeur dans le cas où il ne serait pas payé à cette échéance [1].

1254. — Cette solution n'est-elle pas inconciliable avec ce que nous avons affirmé au début de cette discussion : « qu'il est certain que le vendeur a dans tous les cas une action personnelle? » Non. La *lex commissoria* peut avoir le caractère d'une condition résolutoire, aussi bien que d'une condition suspensive. C'est une question d'intention des parties. Si le vendeur, le plus intéressé des deux contractants à attribuer à la clause commissoire le caractère suspensif, agit par l'action personnelle, c'est qu'il reconnaît à cette clause le caractère résolutoire : on n'a qu'à s'incliner devant une appréciation d'autant moins suspecte qu'elle est en contradiction avec l'intérêt de celui qui la manifeste.

Nous ne contestons point d'ailleurs l'existence d'hésitations chez les jurisconsultes classiques. — La doctrine de Marcellus et d'Ulpien l'emporte, dans tous les cas, au temps de Justinien.

G. — Pactes accessoires a la vente.

1255. — La vente étant un contrat consensuel, toutes les conventions qu'il plaît aux parties d'y insérer font corps avec elle (V. n. 1358), et l'exécution en est poursuivie par les actions mêmes du contrat, l'action *empti* et l'action *venditi.*

1 Appleton, *Propriété prétorienne*, t. 2, p. 249.

Digitized by Google

1256. — Nous avons signalé au paragraphe précédent un certain nombre de ces conventions: le *pactum reservati dominii*, le *pactum hypothecæ*, la *lex commissoria :* nous n'avions examiné ce dernier pacte qu'au point de vue de l'attribution au vendeur d'un droit général de résolution en cas de non-paiement du prix au terme convenu : nous allons l'étudier au point de vue d'une fonction plus spéciale, dans le cas où le vendeur demeuré propriétaire, demeuré même possesseur, n'en a pas besoin pour se prémunir contre le défaut de paiement du prix.

1257. — **Fonction de la *lex commissoria :* dans le cas où le vendeur a conservé la propriété et la possession de l'objet vendu :** Le vendeur n'a pas seulement à redouter l'insolvabilité d'un acheteur qui a pris livraison de la chose; il peut craindre aussi les lenteurs d'un acheteur qui retarde également la prise de possession et le paiement. Le vendeur, qui ne veut pas que sa liberté soit indéfiniment enchaînée, peut convenir que cette liberté lui sera rendue dans le cas où le prix ne serait pas payé à une époque fixée. Si l'acheteur ne s'exécute pas au terme convenu, *res inempta videbitur*, et le vendeur recouvrera le droit d'en disposer. C'est encore une *lex commissoria.*

1258. — Remarquons que le vendeur seul peut se prévaloir de la *lex commissoria*, et que l'acheteur ne saurait lui-même prétendre la vente résolue par suite du défaut de paiement du prix. La résolution ne se produit *qu'autant que le vendeur*

Digitized by Google

le veut bien, et qu'il ne préfère point forcer l'acheteur à l'exécution du contrat.

1259. — *In diem addictio :* Ce nom est donné par les jurisconsultes romains à la clause par laquelle le vendeur se réserve de résoudre le contrat et de disposer de l'objet vendu si, dans un délai donné, il en trouve un prix plus élevé [1].

1260. — *Pactum displicentiæ :* Le *pactum displicentiæ* donne au contrat de vente le caractère de ce que nous appelons aujourd'hui une *vente à l'essai*. C'est une clause introduite non plus dans l'intérêt du vendeur, mais dans l'intérêt de l'acheteur qui se réserve de résoudre la vente, si l'essai par lui fait de l'objet vendu ne lui donne pas satisfaction [2].

L'*in diem addictio* et le *pactum displicentiæ* peuvent, à la volonté des parties, jouer dans le contrat le rôle de condition suspensive ou de condition résolutoire [3].

1261. — *Pactum de retrovendendo :* C'est la *clause de réméré* du droit français : c'est-à-dire la convention aux termes de laquelle le vendeur se réserve le droit de résoudre la vente, en remboursant dans un certain délai, le prix payé par l'acheteur.

L'exercice du réméré opère, en droit français, à la manière d'une condition résolutoire. La question de savoir, si, en droit romain, le retour de la propriété au vendeur s'effectuait de plein droit

1 Dig., Liv. 18, tit. 2.
2 Dig., 18, 6 ; L. 6. Code 4, 58 ; L. 4. Ce pacte était l'objet d'une disposition de l'édit.
3 *Conf.*, Girard, *Manuel*, p. 701 et 702.

Digitized by Google

est très controversée. Nous penchons pour la négative.

§ II. — Le louage.

1262. — **Définition :** Le louage (*locatio conductio*) est un contrat consensuel synallagmatique et de bonne foi par lequel une partie s'engage à procurer soit la jouissance d'une chose (*locatio conductio rei*), soit ses services (*locatio conductio operarum*), soit l'exécution d'une entreprise (*locatio conductio operis faciendi*) à une autre partie qui s'oblige à payer un prix (*merces*).

1263. — **Variétés de louage :** Il résulte de notre définition même que le contrat de louage présente trois variétés : le louage de choses, le louage de services, et l'entreprise.

1264. — **Actions qui naissent du louage :** Le louage fait naître deux actions de bonne foi, l'action *conducti* au profit du *conductor*, l'action *locati* au profit du *locator*[1].

1265. — **Terminologie :** Mais qui est le *locator?* qui est le *conductor?* La terminologie romaine présente sur ce point des singularités qui n'ont pas été parfaitement expliquées jusqu'ici.

Dans la *locatio conductio rei* c'est celui qui procure la jouissance de la chose qui porte le nom de *locator*. *Celui qui paie la* MERCES *prend le nom de* CONDUCTOR.

Dans la *locatio conductio operis faciendi*, le *locator* est celui qui commande le travail, et le

1 Institutes *de loc. et cond.* pr.

Digitized by Google

conductor celui qui l'exécute. *Celui qui paie la* MERCES *prend donc le nom de* LOCATOR.

Ce renversement de la terminologie serait emprunté, dit-on, à la langue administrative romaine. Les censeurs chargés de la gestion des biens du peuple romain appelaient du nom de *locatio* tous les contrats qu'ils passaient (de *locare*, placer). Donnaient-ils à ferme un fonds du peuple romain? Ils plaçaient (*locabant*) ce fonds. — Donnaient-ils à quelque entrepreneur un travail à exécuter pour le compte du peuple? Ils plaçaient (*locabant*) ce travail : l'expression est la même dans les deux cas, bien que, des deux parties avec lesquelles les censeurs ont traité, l'une doive payer, l'autre recevoir une *merces*[1].

1266. — Dans le louage de services, c'est le débiteur de la *merces* qui est appelé *conductor;* et c'est même, assure-t-on, à la pratique du louage administratif que le mot *conductor* aurait été emprunté. Les fonctions des serviteurs libres des magistrats, *lictores*, *præcones*, *apparitores*, prenaient fin en même temps que les fonctions des magistrats eux-mêmes. Ces modestes auxiliaires se réunissaient alors dans une partie du *forum* où les nouveaux magistrats allaient engager, à certains jours, ceux qu'il leur plaisait de choisir — (nous connaissons dans notre pays un usage analogue : celui des « *foires aux domestiques* » où les cultivateurs vont engager les valets de ferme et autres serviteurs ruraux). Le magistrat emmenait avec lui (*conducebat*) les employés avec lesquels il avait

1 Girard, *Manuel*, p. 556, n. 2. — « Le *locator* est celui qui fait une *livraison* » (M. Jobbé-Duval à son cours).

Digitized by Google

traité[1]. — On généralisa l'expression, et on l'étendit des serviteurs que l'on *emmenait avec soi*, aux maisons et aux fonds de terre que l'on n'*emmenait pas*.

1267. — **Histoire du louage** : Le louage dut certainement commencer par une double stipulation de la *res* d'une part, de la *merces* de l'autre. Mais ce procédé n'était pas appliqué aux baux administratifs. Les censeurs publiaient un cahier des charges et le louage se réalisait au moyen de la simple adhésion du preneur à ce cahier des charges. Le contrat consensuel de louage aurait été simplement calqué sur cette pratique administrative, dont il a conservé l'empreinte. C'est ainsi que la durée normale d'un bail chez les Romains est généralement de cinq ans (comme chez nous de *trois, six* ou *neuf*) : ce délai de cinq ans n'est autre que le *lustre*, la période qui s'écoule entre deux élections de censeurs[2].

1268. — Le louage était peu connu aux premiers siècles de Rome. Au sixième siècle, on trouve des gens qui louent des maisons ou des appartements, à Rome (*cænacula*, *cubicula*); on construit des maisons de rapport (*insulæ*).

A la même époque, on voit s'établir des loueurs de voitures (*cisarii*), des hôtelleries (*diversoria*)[3].

Déjà au temps de Caton, des bandes d'ouvriers parcourent l'Italie et s'embauchent au moment des récoltes chez les agriculteurs qui manquent de bras[4].

1269. — **Obligations respectives du *locator* et du *conductor* :** Nous devons ici distinguer les diverses sortes de louage.

1270. — A. *Locatio rei :* Le *locator* doit procurer au *conductor* la jouissance de la chose (*præstare uti frui*); le locataire doit jouir de la chose en bon père de famille, l'employer à l'usage au-

1 Girard, *loco citato*.
2 Esmein, *Mélanges*, p. 222 à 224.
3 Cuq, *Institutions*, p. 617.
4 *Ibid.*

Digitized by Google

quel elle est destinée et payer la *merces* aux époques convenues.

1271. — **Parallèle entre le louage et l'usufruit :** Les droits du fermier (usage de la chose louée, perception des fruits) semblent identiques à ceux d'un usufruitier ; il n'est pas sans intérêt de préciser les différences qui distinguent la situation du fermier de celle de l'usufruitier : c'est un parallèle traditionnel.

1° L'usufruit est presque toujours constitué à titre gratuit : le bail (*locatio conductio*) est un contrat à titre onéreux dans lequel la jouissance de la chose et le paiement de la *merces* sont la cause et la condition l'une de l'autre.

2° L'usufruit peut s'établir par un legs aussi bien que par un contrat, le bail procède *toujours* d'un contrat.

3° L'usufruitier a un droit réel : le droit du *conductor* se réduit à une créance de jouissance ; de là trois conséquences :

a) Le droit réel de l'usufruitier a pour sanction l'action confessoire (V. *Première partie*, n. 727) qui, en sa qualité d'action réelle, est donnée contre quiconque porte atteinte au droit de l'usufruitier ; la créance de jouissance du *conductor* est sanctionnée par l'action *conducti*, action personnelle, qui ne peut être donnée que contre le *locator* ou les continuateurs de sa personne.

b) Le droit réel de l'usufruitier suit le bien soumis à l'usufruit dans quelques mains qu'il passe, tandis que le *conductor* (locataire ou fermier) n'a qu'une créance de jouissance que les tiers ne sont pas tenus de respecter : il s'ensuit que, si un fonds loué est vendu, le nouveau propriétaire peut expul-

Digitized by Google

ser le fermier. C'est le principe proclamé par la loi célèbre connue sous le nom de loi « *emptorem* ». — Mais c'est mal interpréter cette loi que d'en conclure, comme on le fait quelquefois, que le bail est résilié par la vente du fonds à un tiers. L'acquéreur peut bien méconnaître le bail qui est, à son égard, *res inter alios acta*, mais le contrat est si peu résilié *inter partes* que le fermier aura, à l'effet d'obtenir des dommages-intérêts, l'action *conducti* contre le *locator* qui, en ne réservant pas dans la vente les droits nés du bail, a manqué à son obligation de *præstare uti frui*[1].

c) La troisième différence entre le louage de choses et l'usufruit se produit à l'avantage du *conductor*. En effet le rôle du nu propriétaire vis-à-vis de l'usufruitier est purement passif : son obligation est de *souffrir* la jouissance (*pati uti frui*) ; le *locator* est tenu de *procurer* au *conductor* la jouissance de la chose louée (*præstare uti frui*) ; et le preneur pourrait, si le *locator* manquait à cette obligation : 1° refuser le paiement de la *merces;* 2° faire résilier le bail ; 3° obtenir, avec ou sans résiliation, des dommages-intérêts.

d) L'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier ; en cas de décès du *conductor*, les droits et les obligations nés du bail passent à ses héritiers qui, d'une part, ont le droit d'exiger la prestation de la jouissance, et, d'autre part, sont tenus au paiement de la *merces*.

1272. — B. *Locatio operarum :* Le louage de services fait naître pour le *locator* l'obligation de prester ses services, pour le *conductor* celle de

1 Girard, *Manuel*, p. 561, n. 5.

Digitized by Google

payer la *merces;* la *merces* serait due pour tout le temps du louage si le *locator* avait été empêché de prester ses services par un cas fortuit : mais la maladie d'un ouvrier n'est pas considérée comme un cas fortuit.

1273. — C. *Conductio operis faciendi :* Le *conductor* doit exécuter l'ouvrage entrepris, le *locator* payer la *merces* convenue.

1274. — Mais il convient ici de signaler une particularité de la *conductio operis faciendi :* l'œuvre entreprise est aux risques du *conductor* jusqu'à la réception des travaux (*operis probatio*). Si elle périt par cas fortuit avant cette réception, le *locator* n'aura pas à payer la *merces*[1].

1275. — **Extinction du louage :** Le louage de choses s'éteint :

1° Par la volonté des deux parties et, par conséquent, par l'expiration du bail : mais, si le locataire d'un *bien rural* est laissé en jouissance de ce bien après l'expiration du bail, il se produit une *tacite reconduction*, c'est-à-dire la formation d'un nouveau bail aux mêmes conditions. Mais ce nouveau bail n'aura pas la durée de la location expirée : il ne vaudra que pour un an.

Un passage fort obscur d'Ulpien nous apprend que le même principe n'était pas applicable aux maisons. « *In urbanis prædiis, alio jure utimur* » ; nous avouons pour notre part ne pouvoir démêler le véritable sens du texte dont les commentateurs

1 Dig., L. 62, *Locati conducti* (Labéon). En sens contraire, L. 59, *eod. tit.* (Javolenus).

Digitized by Google

n'ont pas donné moins de quatre interprétations différentes[1].

2° Par la volonté unilatérale soit du bailleur, soit du preneur : 1° s'il n'y a pas de terme convenu ; 2° si la contre-partie manque à l'exécution de ses obligations.

Une loi connue sous le nom de loi *æde* permet même au propriétaire d'une maison d'en retirer la jouissance à son locataire s'il prouve qu'il en a un besoin absolu pour se loger lui-même[2].

3° Par la perte de la chose louée.

(Nous n'ajoutons pas, comme on le fait la plupart du temps : par l'aliénation du fonds loué ; nous avons expliqué plus haut que la loi *Emptorem* mettait obstacle à la jouissance du fermier plutôt qu'elle ne résiliait le bail. V. *suprà*, n. 1271).

§ III. — La société.

1276. — **Définition :** La société est un contrat consensuel, synallagmatique, de bonne foi par lequel deux ou plusieurs personnes s'obligent à mettre en commun ou des fonds, ou la propriété d'objets quelconques (*genus* ou *species*), ou la seule jouissance d'objets déterminés, ou leur activité, dans le but de faire en commun certaines opérations et de partager les bénéfices ou les pertes produites par ces opérations[3].

1277. — **Notions historiques** : La société n'a pu être reconnue comme contrat consensuel et de bonne foi qu'après l'introduction de la procédure formulaire ; mais elle ne laissait

1 Dig., *loc. cond.*, 13, 11, *in fine* (Ulpien).

2 Code, *de loc. et cond.*, L. 3 (Caracalla).

3 La société tirerait son origine, suivant M. Jobbé-Duval, du *consortium* des héritiers siens qui, après le décès du *paterfamilias*, continuaient à cultiver en commun son héritage (M. Jobbé-Duval à son cours).

Digitized by Google

pas pour cela d'être en usage antérieurement à la loi Æbutia. Seulement on liait le contrat au moyen de stipulations, et nous voyons encore le procédé intervenir bien après la loi Æbutia. Nous le trouvons notamment employé pour fixer les conditions d'une société entre deux banquiers (*societas danistaria*, de δανειστης, banquier) dans un triptyque de Transylvanie de l'an 167 après J.-C.[1].

1278. — **Diverses sortes de sociétés :** On distingue les sociétés universelles (*societates omnium bonorum*) et les sociétés *unius rei* ou *alicujus negotiationis*.

1279. — *Societas omnium bonorum :* Cette société, dont on aurait peine à concevoir la formation entre des spéculateurs, repose généralement sur des arrangements de famille. Des enfants d'un même père l'établissaient entre eux, après le décès de leur chef de famille, pour maintenir pendant un temps plus ou moins long l'indivision : des époux mariés *sine manu* obtenaient, en contractant une *societas omnium bonorum*, une sorte de communauté assez analogue à celle qui constitue notre régime matrimonial de droit commun[2].

1280. — Nous pourrions rencontrer dans le même ordre d'idées, la société universelle d'acquêts (*societas universorum quæ ex quæstu veniunt*)[3].

1281. — *Societas alicujus negotiationis :* Mais le type de société le plus répandu était la *societas alicujus negotiationis*, contractée en vue d'une opération ou d'une série d'opérations : Rome a connu de nombreuses sociétés de cette nature :

1 Girard, *Textes*, p. 767.
2 Dig., *pro socio*, 8, pr.
3 Dig., *eod. tit.*, 7.

Digitized by Google

les sociétés d'ouvriers moissonneurs qui allaient se louer par bandes à l'époque des récoltes, — les sociétés de marchands d'esclaves (*venalicii*, *mangones*) et les grandes compagnies financières des fermiers de l'impôt (*societates vectigales*), des munitionnaires de l'armée, sans parler de celles qui exploitaient les salines, les mines d'argent, ou les mines d'or (*societates salinariæ*, *argentifodinariæ aurifodinariæ*), etc.[1].

1282. — **Éléments du contrat de société :** La formation du contrat de société suppose le concours de quatre éléments essentiels : 1° Un apport de chaque associé ; cet apport peut consister soit en numéraire, soit en corps certains, soit dans l'usage et la jouissance d'un objet déterminé (par exemple l'apport par un associé de l'usage d'un cheval qui doit compléter un quadrige de course), soit dans l'industrie, l'habileté, l'activité de l'apporteur lui-même[2].

2° Un intérêt commun. Si un associé était exclu de toute participation dans les bénéfices, il y aurait *société léonine :* et la société léonine est nulle[3].

3° L'*affectus societatis* qui seul permet de distinguer une société proprement dite d'un état d'indivision[4].

4° Un objet licite[5].

1283. — **Obligations des associés :** Les associés sont tenus : 1° d'effectuer leur apport, c'est-à-dire de mettre à la disposition de la société le

1 Cuq, *Institutions*, 634, 655.
2 Dig., *pro socio*, 5, 1.
3 Dig., *eod. tit.*, 29, 2.
4 Dig., *eod. tit.*, 31, 32, 33.
5 Dig., *eod. tit.*, 57.

Digitized by Google

numéraire, les corps certains, ou l'industrie qu'ils ont promis; 2° de se tenir réciproquement compte des bénéfices et des pertes qu'ils ont pu faire dans les opérations sociales; 3° de gérer au mieux des intérêts communs : ils ne sont d'ailleurs responsables que de la faute *in concreto* (V. *infrà*, n. 1483).

1284. — **Action *pro socio* :** Ces diverses obligations sont sanctionnées par l'action *pro socio*[1]. L'associé défendeur jouit du *bénéfice de compétence*, c'est-à-dire qu'il ne peut être condamné qu'à concurrence de ses facultés *in quantum facere potest* (encore lui laissera-t-on quelques ressources *ne egeat*). C'est, dit-on, parce que le contrat de société repose sur un *jus fraternitatis* qui ne permet pas aux associés d'agir avec rigueur à l'égard les uns des autres.

1285. — Lorsque la société est dissoute, le partage de l'actif est poursuivi non plus par l'action *pro socio*, mais par l'action *communi dividundo*.

1286. — **Partage des bénéfices et des pertes :** En principe les bénéfices doivent être répartis par parts égales, *pro numero virorum* (tandis que, dans notre droit français contemporain, le partage des bénéfices se fait proportionnellement aux apports)[2].

Les associés supportent les pertes dans la même proportion, c'est-à-dire *pro numero virorum*.

Mais la convention des parties dérogera le plus souvent à ce principe et le pacte social fixera la proportion dans laquelle les associés doivent pren-

1 Dig., *pro socio*, 63, 8 (Ulpien).
2 Institutes, *de societate*, 1.

Digitized by Google

dre part aux bénéfices et contribuer aux pertes.

Les jurisconsultes romains se sont demandé si, en matière de société, la convention des parties était absolument souveraine et si elle pouvait notamment :

1° Attribuer à chaque associé des parts inégales dans le bénéfice et dans la perte ;

2° Affranchir l'un des associés de toute contribution aux pertes.

1287. — Sur la première question les jurisconsultes se divisèrent. Q. Mucius Scævola soutint la négative. Servius Sulpicius fit prévaloir l'affirmative : il peut arriver, dit-il, que le concours d'un associé soit plus précieux que celui de tous les autres : rien de plus légitime que de rémunérer ce concours par l'attribution d'une part plus grande dans les bénéfices, et l'allégement de sa contribution aux pertes[1].

1288. — La même raison conduit à décider qu'un associé peut être affranchi de toute contribution aux pertes. Ce qui ne veut pas dire que cet associé prendra une part de bénéfices dans toutes les opérations fructueuses et laissera toutes les opérations mauvaises à la charge de ses coassociés. On ne divise point les opérations sociales : on en établit le résultat général, et c'est d'après ce résultat que seront fixés les droits de l'associé favorisé. L'ensemble des opérations se solde-t-il par un bénéfice? L'associé favorisé en prendra sa part. Cet ensemble se solde-t-il par une perte? L'associé favorisé n'y contribuera point : il n'aura perdu *que son temps et sa peine*. Ce qui permet de dire qu'il n'est

1 Dig., *pro socio*, 30 (Paul).

Digitized by Google

pas absolument indemne du mauvais succès de l'entreprise.

1289. — **Personnalité des sociétés :** Les sociétés en droit romain, ont très rarement la personnalité civile (*paucis admodum in causis*). Cette personnalité (*corpus*) était concédée aux sociétés *vectigales*, à celles qui exploitaient des salines, des mines d'argent, ou des mines d'or, et à certains collèges qui ne poursuivaient point un but d'enrichissement[1]. Comment et par qui était faite cette concession? C'est un point sur lequel les interprètes n'ont pu se mettre d'accord jusqu'ici.

1290. — **Rapports de la société avec les tiers :** Les sociétés ordinaires, c'est-à-dire celles qui n'ont point obtenu la concession de la personnalité civile, n'ont pas une existence distincte de celle de leurs membres : en conséquence, lorsqu'un des associés traite avec un tiers, c'est lui seul qui devient créancier ou débiteur, sauf à rendre compte à ses coassociés de ce qu'il encaisse pour le profit commun, ou à obtenir par l'action *pro socio* la contribution de ses coassociés aux dépenses qu'il a exposées dans l'opération.

Il n'y aurait pas même solidarité active ou passive (V. *infrà*, n. 1531) entre les associés si tous avaient traité collectivement avec un tiers. Chacun d'eux ne deviendrait créancier ou débiteur que pour sa part. C'est là ce qu'on appelle le système romain de la *non-représentation* (V. *infrà*, n. 1302).

1291. — **Dissolution de la société :** Les ju-

1 Dig., *Quod cujuscunque univ.*, L. 1, pr. (Gaius). Conf. Girard, *Textes*, p. 775-779.

Digitized by Google

risconsultes romains disent que les sociétés se dissolvent *ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione*[1].

1292. — 1° *Ex personis :* par la mort d'un des associés, ou par sa *capitis deminutio* (même *minima*[1].

Remarquons, toutefois, que la société *vectigalis* n'est pas dissoute par le décès d'un de ses membres, et qu'elle continue avec les héritiers de l'associé décédé ; on a dû sans doute faire prévaloir sur les principes rigoureux du droit l'intérêt d'un grand service public; — par la *venditio bonorum* ou la confiscation des biens de l'un des associés.

1293. — 2° *Ex rebus : a*) Par l'expiration du terme convenu ; *b*) par la fin de l'opération qui faisait l'objet de la société : *c*) par la perte du fonds social.

1294. — 3° *Ex voluntate :* Par l'accord de tous les associés : la société se contractant *consensu*, doit naturellement se dissoudre *contrario consensu*. Elle peut même être dissoute par la volonté unilatérale de l'un des associés, à condition que la retraite de cet associé ne soit ni frauduleuse, ni intempestive.

1295. — 4° *Ex actione :* Lorsque l'un des associés voulant se retirer, les coassociés résistent et succombent dans une action en dissolution.

§ IV. — Le mandat.

1296. — **Définition :** Contrat consensuel, de bonne foi, synallagmatique imparfait, par lequel

1 Dig., 68, 10, *pro socio* (Ulpien).

Digitized by Google

une personne charge une autre de faire gratuitement pour elle une opération quelconque.

La première personne est appelée *mandant* (*mandator*), la seconde mandataire (*mandatarius*).

1297. — **Actions qui naissent du mandat :** Le mandat fait naître *immédiatement* une action *mandati directa* au profit du mandant, action qui a pour objet de faire rendre compte par le mandataire de l'exécution de sa mission, — et *après coup*, au profit du mandataire qui a fait des avances, ou des frais, ou qui a subi un préjudice quelconque par suite de l'exécution du mandat, une action *mandati contraria* à l'effet d'obtenir l'indemnité de ces avances, de ces frais, ou de ce préjudice[1].

1298. — **Éléments du mandat :** Sont au nombre de trois :

1° Un fait licite[2];

2° L'existence d'un intérêt pour le mandant ou pour un tiers[3]; ou d'un intérêt commun au mandant et à un tiers. Le mandat donné dans l'intérêt exclusif du mandataire, n'est qu'un conseil que le mandataire n'est point obligé de suivre, et qui par conséquent ne fait naître ni action *mandati directa* ni action *mandati contraria*.

Mais un conseil frauduleux, s'il ne constitue pas un mandat, peut dégénérer en un dol dont la personne trompée est victime : il y a lieu, dans ce cas, à une action de dol.

1 Titre du Digeste, *Mandati vel contra*.

2 Gaius, 3, 157.

3 Les Proculiens n'admettaient pas le mandat dans l'intérêt d'un tiers : aussi résistaient-ils à l'admission du *mandatum pecuniæ credendæ* (V. *infrà*, n° 1566). L'opinion contraire des Sabiniens l'emporta (Gaius, 3, 156).

Digitized by Google

1299. — 3° La gratuité du service rendu par le mandataire : un mandat salarié n'est qu'un louage de services ; et c'est *honoris causa* sans doute que les Romains considéraient comme un mandat le service rémunéré que rendent les professeurs de belles-lettres, les médecins, les avocats, et même les nourrices. Le recouvrement de la rémunération de ces mandataires (*honorarium*, *salarium*) se poursuivait par voie de *cognitio extraordinaria* (V. *première partie*, n. 565), peut-être devant un préteur spécial (?) [1].

1300. — **Fin du mandat :** Le mandat prend fin :

1° Par le consentement des deux parties.

2° Par la renonciation du mandataire lorsqu'elle se produit *rebus adhuc integris*.

3° Par la volonté du mandant : le mandataire est en effet révocable *ad nutum*.

4° Par la mort du mandant : le mandataire n'est maintenu dans ses fonctions que par la volonté persistante du mandant et *finita voluntate, finitur mandatum*.

5° Par la mort du mandataire : car le mandat est donné essentiellement *intuitu personæ*. Les héritiers du mandataire doivent se borner à faire les actes absolument urgents dont l'inexécution causerait un préjudice grave aux intérêts du mandant [2].

1301. — **Étendue des pouvoirs du mandataire :** Le mandataire doit se renfermer dans l'exécution de son mandat ; tout acte en dehors de ses pouvoirs est à son compte et ne peut être mis

1 Dig., *Mandati vel contrà*, 5 pr. (Ulpien).
2 Pour toute l'énumération, v. Gaius, 158-160.

Digitized by Google

par lui à charge de son mandant. Si, chargé d'acheter un objet pour 100, il l'achète 150, il ne peut forcer le mandant à le prendre.

Mais on s'est demandé s'il ne pouvait, dans tous les cas, obliger le mandant à prendre cet objet pour 100. Il y avait sur ce point controverse entre les Proculiens et les Sabiniens : les Proculiens enseignaient l'affirmative. Les Sabiniens soutenaient que le mandataire, ayant excédé les bornes de son mandat n'a pas traité pour le compte de son mandant mais pour le sien [1].

1302. — **Théorie de la non-représentation :** Dans notre droit, le mandataire oblige le mandant envers les tiers sans s'obliger lui-même; et oblige les tiers envers le mandant sans les obliger envers lui. Son œuvre accomplie, il s'efface pour ainsi dire; le mandant et le tiers demeurent seuls en présence. Quand le mandataire stipule, c'est le mandant qui devient créancier; quand le mandataire promet, c'est le mandant qui devient débiteur.

1303. — Tout autre fut, dans le pur droit civil, la théorie romaine. Les tiers qui traitent avec le mandataire n'ont affaire qu'à lui : c'est du mandataire qu'ils deviennent débiteurs; c'est lui qu'ils poursuivront, c'est par lui qu'ils seront poursuivis, sauf au mandataire à rendre compte au mandant ou à poursuivre le remboursement de ses déboursés et avances par l'action *mandati contraria*. En un mot les tiers d'une part, le mandant de l'autre ne connaissent que le mandataire [2].

1 Gaius, 3, 162.
2 Dig., *de verb. obl.*, 120, 2 (Paul). Quant à l'obligation du mandant par le

Digitized by Google

1304. — **Actions** *quasi-institoriæ :* Cette théorie a été profondément modifiée par le droit prétorien : à l'aide d'actions *quasi-institoriæ* (analogues à l'action *institoria* dont il va être parlé tout à l'heure), le préteur a permis aux tiers qui avaient traité avec le mandataire de poursuivre le mandant lui-même.

Néanmoins la représentation du mandant par le mandataire n'a jamais été admise en droit romain aussi complètement qu'en droit français. Le tiers auquel le préteur accorde une action *quasi-institoria* contre le mandant, peut toujours, s'il le préfère poursuivre le mandataire [1].

1305. — Quant aux actions du mandataire créancier contre les tiers, le mandant pouvait, par l'action *mandati*, en exiger la cession : on a prétendu qu'à une époque donnée cette cession se serait opérée *vi legis ;* — il est possible aussi, vraisemblable même, que les actions acquises au mandataire ont pu être, à partir d'un certain moment, exercées à titre d'*actions utiles* par le mandant, mais nous ne pouvons, en matière de représentation active, suivre la trace d'une évolution symétrique à celle qui s'est produite en matière de représentation passive [2].

APPENDICE AU § IV

Les actions *adjectitiæ qualitatis.*

1306. — L'histoire de l'évolution qui a ébranlé le principe de la non-représentation n'est autre

mandataire, elle n'a pu exister avant l'action *institoria* sur laquelle l'action *quasi-institoria* a été calquée.

1 Dig., *de exerc. act.*, 5, 1 (Papinien) ; — Ibid., 1, 17 (Ulpien).

2 Dig., *eod.*, *tit.* 18, 1 (Ulpien) : *Ex contrario exercenti navem adversus eos qui cum magistro contraxerunt actio non pollicetur.*

Digitized by Google

que l'histoire des actions *adjectitiæ qualitatis*. C'est le nom assez inintelligible que les interprètes donnent aux actions qui naissent contre le *paterfamilias* des contrats faits par un esclave ou un fils de famille. Ce nom paraît venir de ce que les actions données contre le *paterfamilias* du chef des contrats de l'esclave ou du *filius familias* portaient leur appellation ordinaire suivie d'un qualificatif (*adjectitia qualitas*) (V. *infrà*, n° 1315).

1307. — En principe, un chef de famille peut bien devenir créancier, mais il ne peut devenir débiteur par l'intermédiaire des personnes sous sa puissance. Il y a quelquefois péril à être trop protégé : et ce fut sans doute dans l'intérêt des *patresfamilias* eux-mêmes que le préteur, vers la fin de la République, établit les actions *quod jussu*, exercitoire, institoire — et le groupe distinct des actions tributoires, *de peculio et de in rem verso*.

1308. — 1° **Action** *quod jussu* : Lorsque le fils de famille ou l'esclave a fait un contrat avec l'autorisation spéciale du *paterfamilias* (*jussus*), ce dernier est tenu de l'action *quod jussu*[1].

1309. — 2° **Action** *exercitoria* : L'action *quod jussu* suppose une autorisation spéciale en vue d'un acte spécial ; elle est donc peu compréhensive : l'action *exercitoria* a au contraire une portée générale : cette action s'applique dans le cas où un *paterfamilias* armateur (*exercitor navis*) a confié soit à un *filiusfamilias*, soit à un esclave les fonctions de capitaine (*magister navis*). Le *paterfamilias* armateur est tenu de toutes les obligations

1 Dig., *Quod jussu*, L. 1 pr., § 1, 4, 5, 6. — Gaius, 4, 70.

Digitized by Google

contractées par le capitaine dans l'exercice de ses fonctions; et l'action qui est donnée au tiers contre lui est l'action *exercitoria*[1].

1310. — 3° **Action** *institoria* : Elle vise le cas où un chef de famille a fait de son fils en puissance ou de son esclave, non plus un capitaine de navire, mais le gérant d'un commerce terrestre (*institor tabernæ*) : le préteur, à raison des obligations contractées par l'*institor*, donne contre le *paterfamilias* une action *institoria* identique à l'action *exercitoria*[2].

1311. — **Deuxième groupe** : Dans les trois actions dont il vient d'être parlé, le *paterfamilias* est tenu pour le tout; sa responsabilité est au contraire limitée dans les actions dont il va être parlé ci-après.

1312. — 1° **Action** *de peculio et de in rem verso* : L'esclave et le fils de famille ont la libre administration de leur pécule. La gestion de ce pécule n'aurait aucun sens pratique si l'esclave et le fils de famille ne pouvaient l'augmenter par des transactions qui les rendent nécessairement créanciers ou débiteurs.

Le fils de famille peut s'obliger civilement : c'est peut-être, c'est même certainement, s'il n'a que son pécule profectice (qui ne lui appartient pas), un mauvais débiteur, mais c'est un débiteur.

L'esclave n'est même pas un débiteur.

Il fallait, dans l'intérêt même des chefs de famille, créer une solvabilité au *filiusfamilias*, et donner

1 Gaius, 4, 71. — Paul, *Sent.*, 2, 6, 1.
2 Gaius, *ibid.* — Paul, *Sent.*, 2, 8, 1.

Digitized by Google

une sanction aux engagements pris par l'esclave pour la gestion de son pécule.

Le préteur y pourvoit en donnant contre le *paterfamilias*, à raison des dettes contractées *peculiariter* par l'esclave ou le fils de famille, une action *de peculio*, c'est-à-dire à concurrence du pécule[1].

1313. — Mais il fallait prévoir une manœuvre qui eût rendu l'action *de peculio* inefficace. Supposons que le père ou maître ait pris pour lui tous les bénéfices des opérations bonnes à mesure qu'ils entraient dans le pécule, et qu'il ne reste plus rien dans ce pécule pour solder les opérations mauvaises : les créanciers du pécule seraient victimes ; aussi le préteur leur permet-il d'agir non seulement *de peculio*, à concurrence de la valeur du pécule, mais *de in rem verso*, à concurrence des bénéfices retirés par le *paterfamilias*[2].

Il n'y a point d'ailleurs deux actions, une action *de peculio*, une action *de in rem verso*, mais bien une action unique *de peculio et de in rem verso*, action *duas habens condemnationes*[3].

1314. — 2° **Action tributoire :** Lorsque l'esclave ou le fils de famille, fait un commerce au vu et au su du *paterfamilias*, il y a lieu non plus à l'action *de peculio* dans laquelle les créanciers sont payés à mesure qu'ils se présentent (ce qui fait que le maître ou le père créancier ne manque jamais de se payer le premier), mais à une distribution au prorata de leurs créances, entre les créanciers, de la partie du pécule affectée au com-

1 Instit., *quod cum eo...*, 4. — Dig., *de pecul.*, 3, 11 (Ulpien).
2 Dig., *de in rem verso*, 1 (Ulpien).
3 Instit., *loc. cit.*

Digitized by Google

merce. Cette distribution est faite par le *paterfamilias* en personne qui joue, dans l'espèce, le rôle d'une sorte de syndic.

Le créancier qui aurait touché une somme inférieure au dividende auquel il a droit aurait contre le *paterfamilias* une action qu'on appelle l'action tributoire[1].

1315. — **Observation :** Les actions *quod jussu,* exercitoire, institoire, *de peculio et de in rem verso* ne sont pas des actions particulières mais des conditions particulières d'exercice des actions du droit commun. C'est ainsi qu'on intentera contre le père de famille une *condictio certæ pecuniæ quod jussu*, une action *ex stipulatu exercitoria*, une action *empti institoria*, une action *locati de peculio*, etc., etc.

1316. — **Extension aux mandants des actions** *adjectitiæ qualitatis :* Le préteur avait commencé par rendre les chefs de famille responsables des engagements pris par les personnes en puissance en vertu d'un mandat exprès, spécial (action *quod jussu*), ou général (action *exercitoria* et *institoria*[1].....

Ou d'un mandat tacite[2] (action *de peculio*). En somme, toute cette théorie nouvelle reposait sur l'idée de l'obligation du mandant en vertu des actes qu'il a autorisés ou prescrits.

Il était tout naturel que le préteur appliquât sa doctrine aux mandants proprement dits, à ceux qui avaient opéré par l'intermédiaire d'une *extranea persona.*

1 Gaius, 4, 72.
2 *Ibid.*, 4, 71.

Digitized by Google

Aussi le préteur arriva-t-il à donner aux tiers qui avaient traité avec le mandataire une action contre le mandant; action que l'on appela *quasi institoria* parce qu'elle était donnée *ad exemplum institoriæ actionis* [1].

SECTION IV

Les contrats innommés.

1317. — **Idée du contrat innommé** : Ce qui caractérise, en droit romain, le système des obligations et des actions, c'est la *spécialité* des unes et des autres. Dans le droit romain originaire, chaque rapport juridique a sa sanction dans une action qui est faite pour lui, et qui ne convient qu'à lui. Le contrat porte un nom (*mutuum*, commodat, *pignus*, stipulation, *expensum*); — l'action a souvent elle-même une appellation en rapport avec le contrat. Il ne faut pas cependant exagérer la portée de cette dernière affirmation qui n'est tout à fait exacte que pour la période formulaire. Car, au temps des actions de la loi, le *sacramentum* pouvait être considéré comme une action de droit commun.

Si la loi n'a pas donné une sanction *spéciale* à un rapport juridique, ce rapport juridique n'est pas sanctionné du tout; il ne dispose pas, — et c'est là la différence essentielle entre notre droit et le droit romain, — de moyens de protection généraux.

Les peuples, au début de leur civilisation, sont tous simplistes. Ils ne conçoivent qu'un nombre

1 Dig., *de instit. actione*, 19 (Papinien).

Digitized by Google

très restreint de faits juridiques ; ils n'aperçoivent pour ainsi dire que les plus gros : aussi laissent-ils dépourvus de sanction bon nombre de rapports obligatoires dont le mécanisme plus délicat n'a pas assez intéressé leur intelligence pour éveiller leur sollicitude ou leur a paru trop compliqué pour qu'ils se résignassent à essayer de le mettre en mouvement.

C'est là l'histoire des contrats innommés.

1318. — **Analyse des éléments du contrat innommé :** Un contrat innommé participe du pacte et du contrat réel : il s'analyse en une prestation exécutée et la promesse d'une contre-prestation. Je conviens de vous donner mon cheval pour que vous me donniez votre esclave : il n'y a là qu'un pacte, c'est-à-dire que, d'après la notion romaine du *nudum pactum*, il n'y a rien (V. *infrà*, n. 1332).

Mais l'une des parties s'est exécutée : les Romains sentent qu'il y a désormais *quelque chose :* car le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui est gravé dans l'intelligence et dans la conscience des hommes, même aux époques de civilisation rudimentaire. Ce *quelque chose*, c'est ce qu'ils ont appelé le contrat innommé, contrat dont le point de départ est un *pacte nu*, inefficace par lui-même, mais dont la première étape est l'enrichissement d'une des parties *concertantes* (nous ne disons pas *contractantes*), enrichissement générateur d'un rapport obligatoire consacré par la *règle du droit antique* « *nemo cum alterius detrimento locupletari potest* ».

1319. — **Formes des contrats innommés :** Les contrats innommés peuvent se ramener tous

Digitized by Google

à quatre types : « *Do ut des* », « *do ut facias* », « *facio ut des* », « *facio ut facias* », suivant que les prestations convenues de part et d'autre sont ou deux translations de propriété, ou deux faits, — ou bien que l'une des prestations consiste en un fait, tandis que l'autre consiste en une translation de propriété [1].

1320. — *Condictio causa data causa non secuta :* Les jurisconsultes n'arrivèrent pas du premier coup à synthétiser dans un tout indivisible cette opération qui se présentait sous l'aspect d'un pacte inefficace joint à une prestation qui avait pour conséquence l'enrichissement injuste de l'une des parties. Ils en retinrent — et cela sans doute de très bonne heure, — ce qui leur paraissait rentrer dans le cadre légal, l'enrichissement sans cause, et firent abstraction du pacte, qui, d'après les vieilles idées juridiques romaines, n'avait aucune valeur.

Ils ne permirent point à la partie qui avait fait une prestation d'exiger la contre-prestation, mais ils lui permirent de redemander la sienne. Ils l'autorisèrent à *défaire ce qu'elle avait fait*, en lui accordant une *condictio causa data causa non secuta.*

— « Je vous ai donné mon cheval pour obtenir votre esclave ; vous ne me donnez pas votre esclave : rendez-moi mon cheval dont la conservation constituerait pour vous un enrichissement injuste, un enrichissement *sine causa* ».

1321. — **Action** *de dolo :* On dut en rester là jusqu'au moment où Aquilius Gallus inventa l'ac-

1 Dig., *de præscriptis verbis*, 5 pr. (Paul).

Digitized by Google

tion de dol (V. n. 958) : on pouvait défaire ce que l'on avait fait, on ne pouvait exiger une contre-prestation. L'action de dol donna au contractant qui s'était exécuté un moyen non plus de se faire restituer la chose (plus exactement : de se faire indemniser de sa prestation), mais d'obtenir, sinon la prestation de l'autre partie, du moins une condamnation équivalente au tort à lui causé par le défaut d'exécution du contrat. — Remarquons d'ailleurs que par l'action de dol on peut très bien obtenir la prestation convenue, car l'*action de dol est arbitraire* (V. n. 961).

1322. — **Action** *præscriptis verbis :* A en croire les textes du Digeste, une troisième étape de la jurisprudence aurait été marquée par la création d'une action appelée action *præscriptis verbis*, sorte de moule commun, dans lequel on aurait jeté toutes les actions tendant à l'exécution des contrats innommés.

Cette action serait la même qu'une certaine action *civilis in factum* inventée par Labéon pour un cas d'*æstimatum* (V. n. 1331), action hybride qui, à la *demonstratio* des actions *in factum* prétoriennes, joint l'*intentio* des actions civiles *in personam* : « *Si paret N*um *Neg*um *Aulo Agerio C dare oportere* ».

1323. — Cette doctrine longtemps soutenue a été fortement ébranlée par l'examen plus approfondi des textes [1].

Nous savons d'abord que les contrats innommés avaient mis en lutte les Proculiens et les Sabiniens : les Proculiens voulaient donner des actions,

1 Voir Girard, *Manuel*, p. 575.

Digitized by Google

spécialés *in factum* (ce sont ces actions qui se caractérisent par les *præscripta verba* d'une *demonstratio*) : les Sabiniens proposaient de donner à titre utile, l'*action du contrat le plus voisin :*

Ainsi on aurait pu sanctionner l'échange par une action *empti utilis*, un contrat de la forme *do ut facias* par une action *mandati*.

Il est donc assez étrange de voir, au Digeste, l'action *præscriptis verbis* donnée par des Sabiniens, quand on sait que les Sabiniens ne voulaient pas l'admettre [1].

1324. — Ainsi mis en éveil, on s'aperçoit assez facilement, aux incidentes, aux phrases complémentaires qui introduisent dans les textes l'indication de l'action *præscriptis verbis* (*id est præscriptis verbis... tutius est agere præscriptis verbis*, etc...) qu'on est en présence de l'œuvre des compilateurs.

1325. — Nous ne pensons donc point qu'il y ait eu, à l'époque classique, une action uniforme dite action *præscriptis verbis :* — mais bien que les contrats innommés étaient sanctionnés par des actions prétoriennes *in factum* variant avec chaque hypothèse.

Quant à l'action *civilis in factum* inventée par Labéon pour un cas particulier, nous ne pensons pas qu'elle ait été généralisée [2].

L'action *præscriptis verbis*, considérée en tant qu'action unique, est une création de Justinien.

1326. — **Concours de l'action *in factum* avec la *condictio causa data causa non se-***

1 Dig., *præscriptis verbis*, 10 (Javolénus); *de pactis* 7, 2 (Julien); *de præsc. verb.*, 22 (Gaius).

2 Girard, *Manuel*, p. 575 et 576.

Digitized by Google

cuta : La création des actions tendant à l'exécution de la contre-prestation ne fit pas disparaître la *condictio causa data causa non secuta.* Le contractant qui s'est exécuté est libre soit de répéter sa prestation, soit d'exiger la contre-prestation de l'adversaire. Il choisira entre l'un et l'autre parti.

1327. — Cette option entre la résolution du contrat, pour défaut d'exécution et la poursuite de l'exécution est, en droit romain, *spéciale aux contrats innommés* (tandis qu'elle constitue, en droit français, le droit commun des contrats synallagmatiques) (art. 1184, C. civ.). — En dehors des contrats innommés, on ne peut, en droit romain, poursuivre que l'exécution des contrats, — non leur résolution.

1328. — **Principaux contrats innommés :** Il semble paradoxal de donner une énumération nominative des contrats innommés : mais nous ferons remarquer : 1° que c'est moins au contrat qu'à l'action qui le sanctionne que le nom fait défaut; 2° qu'on peut concevoir un nombre indéfini de rapports juridiques absolument anonymes et que les contrats *innommés qui ont un nom* sont le petit nombre.

Sous le bénéfice de cette observation, nous citerons comme contrats innommés : 1° l'échange; 2° la transaction; 3° le précaire; 4° la donation *sub modo;* 5° l'*æstimatum* ou contrat estimatoire. Nous avons parlé déjà (V. *Première partie*, n. 837) de la donation *sub modo*, défini le précaire au traité de la vente (V. n° 1250). — La transaction est un accord entre parties divisées par un litige né ou imminent qui se font des concessions récipro-

Digitized by Google

ques ; nous allons consacrer une courte étude à l'échange et au contrat estimatoire.

1329. — *L'échange :* L'échange (*permutatio*), a été le premier aspect de la vente chez les peuples primitifs alors que ces peuples n'avaient pas encore adopté une marchandise-type destinée à servir de commune mesure à la valeur (une monnaie)[1].

1330. — L'échange existe encore, infiniment plus rare, dans les sociétés perfectionnées : il a subsisté dans la société romaine, et l'on peut se demander quels caractères, en droit romain, le distinguent de la vente.

1° La vente est un contrat *consensuel;* l'échange un contrat *réel* qui ne se forme que lorsqu'une des deux obligations a été exécutée[2].

2° L'échange exige une double et réciproque translation de propriété (*do ut des*) : dans la vente, l'acheteur seul est tenu de transférer la propriété du prix (V. n. 1245).

3° L'échange, comme tout contrat innommé, fait naître de plein droit une action en résolution au profit de la partie qui a exécuté son obligation *condictio causa data causa non secuta* (V. n. 1320). La vente ne fait naître une action en résolution que si on y joint une *lex commissoria*[3] (V. n. 1252).

4° L'échange est sanctionné par une action *in factum;* la vente par les actions civiles *ex empto* et *ex vendito*.

5° Enfin les rôles, bien tranchés dans la vente

1 Gaius, 3, 141.
2 Dig., *de rer. perm.*, 1, 2 (Paul).
3 Encore faut-il ajouter que la résolution et l'exécution sont poursuivies à l'aide de la même action, l'*actio venditi* (V. *suprà*, n. 1252).

Digitized by Google

(vendeur, acheteur), sont confondus dans l'échange (coéchangistes).

1331. — *Contrat estimatoire :* C'est le contrat qu'un marchand fait avec des *circitores* (colporteurs, camelots) auxquels il livre de la marchandise à condition qu'ils paieront un prix convenu (*æstimatum*) pour celle dont ils trouveront la vente, et qu'ils rendront celle dont ils n'auront pu se défaire.

C'est ce contrat flottant entre la vente, le mandat et le louage, qui a servi de type à l'Édit et pour lequel fut donnée l'action *civilis in factum* qui aurait été soi-disant généralisée dès l'époque classique, et appliquée dès lors (nous avons combattu cette doctrine) à tous les contrats innommés[1].

SECTION V

Des pactes.

§ I. — Notions générales.

1332. — En droit français, sauf un petit nombre d'exceptions, l'accord des volontés suffit pour faire naître une obligation dont l'exécution peut être poursuivie devant les tribunaux, par conséquent pour constituer le contrat. C'est ce qu'on exprime en disant qu'en droit français : « *solus consensus obligat* ». Le droit commun des obligations, à Rome, est dominé par un principe inverse : il faut que l'accord des parties (*pactum*) soit consacré par des *formes* pour devenir générateur d'une obligation

1 Dig., *de æstimatoria.*

Digitized by Google

sanctionnée par une action : *Ex pacto actio non nascitur.*

1333. — *Exceptio pacti :* Inefficace au regard de la formation de l'obligation, le pacte peut engendrer une *exception :* s'il n'a pas d'effet créateur, il a du moins l'effet extinctif : *nudum pactum actionem non parit, exceptionem autem parit.*

1334. — **Obligation naturelle :** C'est une question controversée de savoir si le pacte ne produit pas du moins une obligation naturelle : la solution affirmative a pour elle l'équité et la raison : mais on invoque contre elle des textes formels, et M. Girard, contrairement à la doctrine généralement enseignée en France, admet que le *nudum pactum* n'engendre même pas une obligation naturelle [1].

1335. — **Exceptions à la règle :** Cette règle qui ne s'explique que par la rigueur du formalisme romain, comporte toutefois des exceptions; d'une part certains pactes *isolés* ont été sanctionnés au moyen d'une action soit par le droit prétorien, soit par des constitutions impériales, soit par le droit civil lui-même; — d'autre part la jurisprudence a admis l'efficacité civile de certains pactes ajoutés à un contrat réel ou à un contrat formel (*pacta adjecta*).

§ II. — Pactes isolés.

1336. — **Les** *pacta vestita :* Nous distinguerons trois catégories de pactes isolés pourvus d'une action : *pacta vestita*, comme on les appelle par opposition aux *pacta nuda :* les contrats munis d'une action : 1° par le droit civil; 2° par le droit prétorien ; 3° par le droit impérial.

1 Girard, *Manuel*, p. 62, n. 5.

Digitized by Google

1337. — 1° **Pactes sanctionnés par le droit civil :** Ces pactes sont de véritables contrats : *transeunt in proprium nomen contractus.* Ce sont les quatre contrats consensuels civils : la vente, le louage, la société, le mandat. Ils ont fait l'objet d'une étude distincte (n. 1199 et s.).

1338. — 2° **Pactes sanctionnés par le droit prétorien :** Le préteur a sanctionné par une action : 1° le pacte de serment ; 2° le pacte de constitut ; 3° les divers pactes de *receptum;* 4° le pacte d'hypothèque.

1339. — A. *Pacte de serment.*

Deux parties en désaccord peuvent se trouver amenées à prêter serment dans trois situations bien différentes.

1° Dans un premier cas, les contendants se trouvant *in jure*, le demandeur provoque le défendeur à terminer le litige, en attestant par serment la légitimité de sa résistance, en jurant par exemple qu'il ne doit pas la somme ou l'objet réclamé. Le défendeur, en ce cas, est obligé soit de prêter le serment *déféré*, soit de le *référer*, à son adversaire qui, dans cette hypothèse, ne peut se dispenser lui-même de le prêter.

« Jurez, dira le demandeur, que vous ne devez pas ». — « Jurez plutôt vous-même, répondra le défendeur, que je vous dois ».

On appelle ce serment « *serment nécessaire* » parce que le demandeur ne peut pas se dérober à l'obligation de prêter le serment référé — et que le défendeur ne peut lui-même se dispenser de prêter le serment déféré s'il ne le réfère pas à son adversaire.

Digitized by Google

Refuser le serment en pareil cas, c'est perdre le procès[1].

1340. — 2° Les parties se trouvant non plus *in jure*, mais *in judicio*, le juge somme l'une d'elles d'attester par serment le bien fondé de sa prétention. C'est encore un *Jusjurandum necessarium*.

1341. — 3° Dans le but d'éviter l'*alea* d'un procès prêt à éclater, des parties en désaccord décident de s'en rapporter au serment de l'une d'elles; — ce serment qui ne peut être prêté qu'à la suite de l'entente des parties est *purement volontaire;* il est prêté en vertu d'un pacte; et c'est en vertu de ce même pacte qu'il fera la loi des contendants.

C'est là le *pactum jurisjurandi* qui a été sanctionné par le droit prétorien au moyen d'une exception et d'une action[2].

1342. — Je suppose que le créancier, après que le débiteur a juré qu'il ne devait pas, réclame sa dette en justice : il sera repoussé par l'*exceptio jurisjurandi*.

1343. — Si, au contraire, c'est le créancier qui a juré que la somme ou la chose réclamée lui était due, il intentera, s'il n'est pas payé, non pas l'action de son contrat, mais l'action *jurisjurandi* dans laquelle il aura à prouver non qu'il est créancier, mais qu'il a juré l'être. Il triomphera sur la seule preuve de sa prestation de serment.

1344. — B. *Pacte de constitut.* — Le pacte de

1 Dig., *de jurejur.*, 3 pr. Ulpien.
2 Instit., *de actionibus*, 11. — *Ibid.*, *de except.*, 4.

Digitized by Google

constitut est la convention par laquelle une personne s'engage à payer à un jour donné (*constituit se soluturum*) soit sa dette personnelle, soit la dette d'autrui.

Il y a donc deux sortes de pactes de constitut : le *constitutum proprii debitii* et le *constitutum debiti alieni*. Le préteur les sanctionne l'un et l'autre par l'action *constitutæ pecuniæ*.

1345. — Le *constitutum debiti alieni* se comprend sans peine ; l'intervenant qui promet de payer à une date convenue la dette d'un de ses amis, nous apparaît comme une sorte d'*expromissor* (V. n. 1413)[1] ; — remarquons néanmoins qu'il n'y a pas *expromissio*, au sens vrai du mot, car le créancier, en faisant avec l'intervenant un pacte de constitut, ne perd pas ses droits, contre le débiteur originaire[2*].

1346. — Le *constitutum proprii debiti* semble au premier abord inexplicable. *Primus* doit à *Secundus* une somme qu'il ne lui a pas payée : il convient avec son créancier de solder sa dette à une époque ultérieure qui est fixée d'un commun accord.

N'est-ce pas là un simple pacte d'atermoiement ? Et quel besoin le préteur a-t-il eu de donner une nouvelle action, l'action *constitutæ pecuniæ*, à un créancier qui avait déjà l'action de son contrat ?

Pour saisir la portée de l'institution établie par le préteur, il faut bien remarquer que la procédure de l'action *constitutæ pecuniæ* comporte une stipulation prétorienne *dimidiæ partis* (de la moi-

1 Instit., *de actionibus*, 9.
2* C'est là un point controversé. Voir Girard, *Manuel*, p. 592.

Digitized by Google

tié en sus de l'intérêt du litige) (Voyez n. 1120).

Cette action se substituera facultativement, à la suite du pacte de constitut, à l'action du contrat qui, si elle est une *condictio certæ pecuniæ*, n'entraînerait qu'une *sponsio tertiæ partis*, — ou qui, dans tout autre cas, ne ferait surgir aucune obligation accessoire. — Le créancier qui agit par l'action *constitutæ pecuniæ* au lieu de recourir à l'action de son contrat, peut donc faire un bénéfice d' 1/6 ou d' 1/2. — Le préteur paraît avoir voulu intéresser le créancier à la concession d'un terme[1].

1347. — D'ailleurs l'obligation originaire n'est pas éteinte ; le créancier a le choix entre l'exercice de son action originaire et l'exercice de l'action *constitutæ pecuniæ;* mais s'il intentait l'action originaire avant l'expiration du terme fixé par le pacte de constitut, il serait repoussé par l'exception *pacti conventi.*

1347 *bis.* — Jusqu'à Justinien l'action *constitutæ pecuniæ* a été annale.

1348. — C. *Recepta.* — On confond ensemble trois obligations de caractère très divers sous le nom de *receptum* qui peut être traduit assez littéralement en français par les mots : « *prise en charge* »[2].

Un banquier s'engage à payer une somme pour un de ses clients : c'est un *receptum,* une prise en charge.

Un arbitre accepte de solutionner un différend entre deux parties : il *prend en charge* le litige : c'est un *receptum.*

Enfin, les *nautæ*, *caupones*, *stabularii* (bateliers, aubergistes, loueurs d'étables ou d'écuries), — plus tard, sous Hadrien, les *locatores horreorum* (loueurs de greniers publics) prennent en charge les bagages déposés dans leurs bateaux, étables,

1 Gaius, 4, 171.
2 Edit du préteur, V. Girard *Textes*, p. 123.

Digitized by Google

auberges ou greniers. Peut-être même s'adressent-ils au public au moyen d'une affiche annonçant « qu'ils répondent des bagages : *sarcinæ salvæ erunt* ». C'est encore un *receptum*.

1349. — Le premier et le troisième de ces pactes ont été sanctionnés au moyen d'une action dite *receptitia* dans le droit de Justinien[1].

Celle qui est dirigée contre les *argentarii* a été crue longtemps d'origine civile et fort ancienne. MM. Girard et Lenel pensent qu'elle prend sa source dans l'Édit[2].

1350. — Nous ne pouvons nous empêcher de signaler ici l'extrême analogie qui existe entre le *receptum argentariorum* et le *constitutum debiti alieni*. On avait enseigné, à raison de cette analogie évidente, que le préteur avait calqué l'action *constitutæ pecuniæ* sur cette action du *receptum* que l'on croyait civile, — et dont, après tout, la véritable origine n'a rien de bien certain[3].

1351. — D. *Pacte d'hypothèque :* Il a été traité du pacte d'hypothèque aux *sûretés réelles* (V. n. 1185).

1352. — **Pactes légitimes :** On appelle ainsi ceux qui ont été pourvus d'une action par les constitutions impériales[4] ; ce sont :

1° La convention de doter rendue obligatoire par Théodose II, en 428 après J.-C.

2° La convention de donation : Antonin le Pieux la rendit obligatoire entre ascendants et descendants, Justinien entre toutes personnes.

3° Justinien rendit également obligatoire la convention de soumettre un différend à des arbitres

1 Instit., *de actionibus*, 8 ; Théophile paraph., *eod. loco*.

2 Girard, *Manuel*, p. 593 texte et n. 8.

3 *Conf.* Institutes, *de act.* 8.

4 Dig., *de pactis*, 6 (Paul). D'après Paul « *Legitima conventio est quæ ex lege aliqua confirmatur : et ideo ex pacto actio nascitur vel tollitur quoties lege vel senatusconsulto adjuvatur* ». Nous connaissons bien des actions mises en échec par des sénatus-consultes (S.-C. Macédonien, S.-C. Velléien) ; mais nous ne connaissons pas de sénatus-consultes créateurs d'actions.

Digitized by Google

(compromis); mais au lieu d'appliquer à cette variété de *receptum* l'action *receptitia*, il la sanctionne par des moyens de contrainte administrative (*mulctæ* ou *multæ*, amendes).

§ III. — *Pacta adjecta.*

1353. — **Définition.** — On nomme *pactum adjectum* le pacte ajouté à un contrat pour en déterminer la valeur; il faut distinguer :

1° Si le pacte est ajouté à un contrat de bonne foi ou à un contrat de droit strict.

2° S'il a été ajouté *in continenti* (au moment même de la confection du contrat), ou *ex intervallo*, quelque temps après.

3° S'il est intervenu *ad augendam* ou *ad minuendam obligationem;* pour augmenter ou pour diminuer l'obligation.

1354. — A. *Pactum ad minuendam obligationem :* Tout pacte ajouté *ad minuendam obligationem* est efficace, qu'il soit ajouté à un contrat de bonne foi ou à un contrat de droit strict, que son addition ait été faite *in continenti* ou *ex intervallo*[1].

1355. — Mais il y a cette différence entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi que, dans les premiers, il faudra, pour assurer l'efficacité du pacte, faire insérer l'exception *pacti conventi* dans la formule, tandis que, dans les seconds (contrats de bonne foi), elle est sous-entendue dans la formule et peut être invoquée pour la première fois devant le juge[2].

1356. — B. *Pactum ad augendam obligationem.* Nous n'avons donc à nous préoccuper que

1 Gaius, 4, 119; Dig., *de pactis*, 7, 7 (Ulpien).
2 Dig., *de rescind. vend.*, 3 (Paul).

Digitized by Google

des pactes ajoutés *ad augendam obligationem.*

1357. — α) *Pacte adjoint* IN CONTINENTI : Supposons d'abord que le pacte est ajouté *in continenti.* Dans le principe le *pactum adjectum* fut complètement inefficace : avec le temps on se départit de cette rigueur.

D'après la loi 48 D. *De rebus creditis* (Paul), les pactes ajoutés *in continenti* à une stipulation font corps avec elle : *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*[1].

Il semble que la même règle a dû être appliquée au *mutuum* : « *omnia quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ* », dit Ulpien[2]; — avec cette réserve toutefois que jamais un *mutuum* d'argent ne peut être rendu productif d'intérêts par un simple pacte : — il faut une stipulation (V. n. 1153).

1358. — Du moment qu'un pacte *ad augendam obligationem* peut être ajouté *in continenti* à un contrat de droit strict, c'est-à-dire au contrat qui se prête le moins à cette addition, il en résulte *a fortiori* qu'il peut être ajouté *in continenti* à un contrat de bonne foi.

Dans les divers cas qui viennent d'être exposés, l'exécution du *pactum in continenti adjectum* sera poursuivie par l'action même du contrat[3].

1359. — β) PACTA ADJECTA EX INTERVALLO (*ad augendam obligationem*) : L'efficacité du *pactum adjectum in continenti* n'a pas été admise sans peine; aucun texte ne permet de croire que l'effi-

1 Dig., L. 48 *de reb. cred.* (Paul) : c'est la célèbre loi « *Lecta* ».
2 Dig., *de reb. cred.*, 7.
3 Dig., *de pactis*, 7, 5 (Ulpien).

Digitized by Google

cacité des pactes *ex intervallo* ait été jamais acceptée (autrement bien entendu qu'*ad minuendam obligationem*, par voie d'exception).

Pas même pour les contrats de bonne foi? Pas même pour ces contrats; nous pensons toutefois qu'une exception doit être admise en ce qui concerne les contrats consensuels encore inexécutés. Le pacte adjoint après coup peut passer pour un renouvellement, une réfection du premier contrat sur des bases différentes. Les parties sont réputées avoir dissous le premier contrat par un *mutuus dissensus* pour reformer le second par leurs nouveaux accords. Mais, s'il s'agissait d'un contrat réel ou d'un contrat consensuel exécuté, le *pactum adjectum ex intervallo* serait absolument inopérant [1].

CHAPITRE V

Variæ causarum figuræ.

1360. — **Quasi-contrats et quasi-délits** : Gaius, après nous avoir indiqué les deux sources principales des obligations, les délits et les contrats, ajoute que les obligations naissent aussi « *proprio quodam jure, ex variis causarum figuris* ». De ces *variæ causarum figuræ*, cas où les obligations naissent, en dehors de tout contrat, tantôt d'un fait licite, tantôt d'un fait illicite mais

1 Girard, *Manuel*, p. 587.

Digitized by Google

non réprouvé par une loi pénale, les interprètes ont formé les deux catégories des *quasi-contrats* et des *quasi-délits*. Nous avons déjà fait remarquer que ces expressions aujourd'hui consacrées ne sont pas romaines.

SECTION I

Les quasi-contrats.

1361. — Les textes ne nous donnent pas, et nous pensons qu'il est impossible de donner une énumération complète des quasi-contrats : les Institutes de Justinien citent la gestion d'affaires, l'indivision, le paiement de l'indû... Il n'y a là que des exemples : la liste des obligations qui naissent *quasi ex contractu* pouvait être indéfiniment allongée.

§ I. — L'enrichissement sans cause et les *condictiones*.

1362. — **Principe** : *Nemo cum alterius detrimento locupletari potest*[1]. D'où cette conclusion que tout objet ou toute valeur dont la conservation constituerait un enrichissement sans cause au préjudice d'autrui doit être restitué.

1363. — *Condictiones sine causa* : L'obligation quasi-contractuelle qui naît de l'enrichissement sans cause est sanctionnée par les *condictiones sine causa*.

Ces *condictiones* comprennent : 1° la *condictio indebiti*; 2° la *condictio causa data causa non secuta*; 3° la *condictio ob turpem vel injustam causam*; 4° la *condictio sine causa* proprement dite.

1 Dig., *de reg. juris.*, 205 (Pomponius).

Digitized by Google

1364. — *Condictio indebiti :* La *condictio indebiti* suppose le paiement d'une dette qui n'existait pas, — ou le paiement d'une dette existante soit par un individu qui n'en est pas le débiteur, soit entre les mains d'un individu qui n'en est pas le créancier[1].

1365. — Pour qu'il y ait lieu à la *condictio indebiti*, deux conditions sont nécessaires : 1° l'absence complète d'obligation, l'*indebitum* absolu ; 2° le paiement par erreur, *per errorem solutio*.

1° *Indebitum* absolu : l'existence d'une simple obligation naturelle ferait obstacle à la répétition. C'est pour cela que le fils de famille qui a remboursé un *mutuum* sans exciper du S.-C. Macédonien ne peut exercer la *condictio indebiti*[2].

On ne peut non plus répéter le paiement d'une de ces dettes qui *crescunt in duplum adversus infitiantem*[3]. Cette solution est généralement expliquée par une pensée de transaction[4].

2° *Per errorem solutio :* Si le paiement avait été fait consciemment, il n'y aurait pas lieu à répétition : *cujus per errorem dati repetitio est ejus consulto dati donatio est*[5]. Celui qui a payé consciemment une dette inexistante est censé avoir voulu faire une donation.

1366. — *Effets du paiement de l'indû :* Si l'*accipiens* est de mauvaise foi, s'il sait qu'il n'est point créancier, il est tenu non de la *condictio indebiti*,

1 Gaius, 3, 91.
2 Dig., *de cond. indeb.*, 40 pr. (Marcien).
3 Instit., *de obl. quasi ex contractu*, 7.
4 *Contrà*, Girard, *Manuel*, p. 606.
5 Dig., *de reg. juris.*, 53 (Paul).

Digitized by Google

mais de la *condictio furtiva*, et doit rendre tout ce qu'il a reçu[1].

S'il est de bonne foi, il n'est tenu que de la *condictio indebiti* et n'est poursuivi que dans la limite de son enrichissement. Il en résulte pour nous que le *tradens* ne saurait sans imprudence (il s'exposerait à la peine de la *plus petitio*) se servir de la *condictio certæ pecuniæ :* il devra de préférence recourir à une *condictio incerti*[2].

1367. — *Condictio causa data causa non secuta :* (V. *suprà*, n. 1320). La *condictio causa data causa non secuta* sera, suivant la nature de la prestation effectuée, une *condictio certi* ou une *condictio incerti*.

1368. — *Condictiones ob turpem vel injustam causam :* Ces *condictiones* visent un enrichissement fondé sur une cause immorale ou contraire à la loi : cette cause peut être *futura* ou *præterita*. Il faut pour qu'il y ait lieu à répétition que la cause ne soit *inhonesta* que pour l'*accipiens :* si la prestation avait un caractère déshonorant pour les deux parties, la *condictio* serait refusée au *tradens*.

1369. — *Condictio sine causa* **proprement dite :** Le paiement de l'indû suppose une *causa præterita*, la dette imaginaire ; la prestation dont la restitution est demandée par la *condictio causa data causa non secuta*, une cause future, la contre-prestation espérée qui ne se réalise pas ; la *condictio*

1 Dig., *de cond. ind.*, 18 (Scævola).
2 Conf. Girard, *Manuel*, p. 607, n. 1.

Digitized by Google

ob turpem causam une prestation future *inhonesta* réalisée ou non réalisée. La *condictio sine causa* au sens strict est donnée à l'effet d'obtenir la restitution d'une prestation effectuée sans cause passée, présente ni future.

1370. — On cite comme exemple la *condictio sine causa* accordée à l'impubère qui a remis des choses fongibles à titre de *mutuum:* la translation de la propriété, indispensable au *mutuum*, ne s'étant pas réalisée et ne pouvant se réaliser, l'*accipiens* qui a consommé de bonne foi les choses remises est tenu d'en effectuer (*in genere*, bien entendu) la restitution, car la *cause* de leur tradition c'était le contrat de *mutuum*, et ce contrat ne s'est pas formé et ne se formera pas.

La *condictio sine causa* dont il s'agit dans l'espèce serait une *condictio certæ pecuniæ* si la tradition avait eu pour objet du numéraire, une *condictio triticaria* si l'objet de la tradition consistait en choses fongibles autres que du numéraire[1].

1371. — *Condictio generalis :* Comme nous avons pu le voir, les *condictiones* qui sanctionnent l'obligation de restituer l'enrichissement injuste se présentent, suivant les hypothèses, tantôt sous la forme d'une *condictio certi,* tantôt sous forme de *condictio incerti :* Un texte célèbre, le fr. 9 au Digeste *de rebus creditis* (Ulpien), expose qu'en toute matière (*ex omni causa*), même lorsque l'objet de l'obligation est un *incertum* (*sive ex certo contractu petatur sive ex incerto*), le demandeur peut faire usage d'une *condictio certi :* c'est-à-dire intenter, à ses risques et périls, une *condictio certæ pecuniæ.*

Nous pouvons d'autant mieux nous rendre compte de la portée de cette procédure qu'elle nous est aujourd'hui familière. Lorsque nous intentons devant un tribunal une demande de dommages-intérêts, au lieu de laisser d'avance le chiffre de ces

1 Inst., *Quibus alienare licet*, 2.

Digitized by Google

dommages-intérêts à l'appréciation du juge, nous fixons une somme dans notre demande. Nous réclamons, souvent un peu au hasard, cinq mille francs, dix mille francs de dommages-intérêts. Cela ne tire pas à conséquence : si la demande est exagérée, le juge la réduit.

1372. — La loi 9, *de reb. cred.*, semble nous révéler une pratique analogue admise dans la procédure romaine, et nous montre le choix du demandeur substituant à l'action du contrat une *condictio certæ pecuniæ,* une formule tendant à obtenir non plus « *quanti ea res erit* » mais une somme qu'il précise : « dix mille sesterces », « cent *solidi* », au risque de perte totale du procès si le demandeur a commis une plus-pétition.

Et comme, en droit romain, *toutes* les actions tendent à une allocation de dommages-intérêts, cette *condictio certi,* que les commentateurs ont appelée *condictio generalis*, peut être employée dans tous les litiges.

1373. — Que ce procédé ait été utilisé à l'époque de Justinien où la *plus petitio re* n'expose plus le demandeur à être débouté totalement, il n'est guère permis d'en douter en présence des termes de la loi 9 *de reb. cred.* (quelques auteurs cependant ont contesté l'existence de la *condictio certi generalis* même pour le temps de Justinien); mais on peut hésiter à croire qu'il ait été accepté et mis en pratique à l'époque classique. — Le texte du fragm. 9, *de reb. cred.*, est très suspect d'interpolation.

1374. — Cependant on a cru trouver dans certains passages de Cicéron, la preuve que la *condictio generalis* existait de son temps, et pouvait concourir électivement avec une autre action. Les passages cités ne sont pas probants : ainsi, dans le *de oratore,* Cicéron indique le concours possible de l'action *tutelæ* avec une autre action dans laquelle certains interprètes veulent voir la *condictio generalis :* mais cette autre action qui est à la disposition du pupille pourrait bien être l'action *rationibus distrahendis.* — Et quant à la *condictio* du procès de Roscius, que l'on dit employée à la place de l'action *pro socio*, on ne remarque pas que l'action *pro socio*, dans l'espèce, n'existait plus, la société ayant pris fin faute d'objet, et que l'adversaire de Roscius n'avait pas l'embarras du choix [1].

1 L'esclave Panurge, dont les talents dramatiques devaient être exploités en commun par Roscius et par Fannius Cherea, avait été en effet tué par Fla-

Digitized by Google

1375. — *Condictio ex lege* : Faut-il ajouter à la série des *condictiones* l'action dont il est question dans les textes sous le nom de *condictio ex lege?*

La *condictio ex lege* aurait pour fonction de sanctionner toutes les créances établies par une loi sans indication d'action. Un très court titre du Digeste composé d'une loi unique attribuée à Paul, traite de cette *condictio*. Paul d'ailleurs n'emploie pas le mot *condicere* : il dit : *ex lege agendum est*[1].

Comme le nom de *condictio*, ainsi que nous l'avons enseigné, ne s'applique point techniquement à toutes les actions personnelles, mais seulement aux actions personnelles de droit strict qui n'indiquent point leur cause (V. *suprà*, n. 1095), la prétendue *condictio ex lege* n'est sans doute qu'une *actio ex lege* plus analogue à une action *ex testamento*, ou à une *actio ex stipulatu* qu'à une *condictio*. Les exemples connus de *condictio ex lege* appartiennent en général à la législation justinienne[2] : *condictio* contre les *executores litium* qui ont exigé des salaires (*sportulæ*) exagérés, — action en règlement de compte entre l'héritier et le possesseur de l'hérédité...

De là nous croyons pouvoir conclure que la dénomination tout au moins de la *condictio ex lege* appartient à Justinien.

Il n'est même pas démontré que les créances établies par la loi aient été jamais, avant lui, sanctionnées par une action générale.

Sous le bénéfice de ces réserves, l'action ou *condictio ex lege* a sa place toute indiquée dans le présent chapitre, puisqu'elle sanctionne des obligations qui, n'ayant leur source ni dans un contrat, ni dans un délit, doivent être classées parmi celles qui naisssent *ex variis causarum figuris*.

§ II. — La gestion d'affaires.

1376. — **Définition** : On appelle *gestion d'af-*

vius. Roscius transigea seul avec Flavius et Fannius Cherea soutenait que cette transaction avait donné lieu à une *expensilatio* à la charge de Flavius portée sur le *Codex* de Roscius ; *expensilatio* précisant une *certa pecunia* dont Fannius Cherea, à bon droit à ce qu'il semble, réclamait le bénéfice à concurrence de moitié. — L'action *pro socio* n'avait pas survécu à la dissolution de la société par la perte du fonds social (la mort de Panurge) : que restait-il donc à Fannius Cherea? Uniquement la *condictio* de la moitié de la *certa pecunia* portée par Roscius au débit de Flavius.

1 Dig., *de cond. ex lege, lex un.* (Paul).

2 Girard, *Manuel*, v. néanmoins au Code le titre *de cond. ex lege*.

Digitized by Google

faires (*negotiorum gestio*) un quasi-contrat né de l'immixtion dans les affaires d'autrui sans mandat et sans obligation de gérer.

En général, chacun ne doit se mêler que de ce qui le regarde : *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti;* mais comme, dans certains cas, l'application trop sévère de cette maxime eût pu entraîner de graves inconvénients pour ceux qui sont empêchés par l'éloignement, la maladie, etc., d'administrer leurs biens, on a admis, dans certains cas, le quasi-contrat de gestion d'affaires [1].

1377. — **Actions qui naissent de la gestion d'affaires :** Ce quasi-contrat peut donner naissance à deux actions : 1° l'action *directa negotiorum gestorum* accordée à celui dont l'affaire a été gérée, pour faire rendre compte au *negotiorum gestor* des sommes qu'il a touchées, et au besoin pour se faire indemniser du préjudice qui serait résulté d'une immixtion maladroite dans la gestion de son patrimoine ; — 2° l'action *contraria negotiorum gestorum* établie au profit du gérant à l'effet de se faire rembourser des frais de gestion [2].

1378. — **Notions historiques** : L'histoire des actions de gestion d'affaires a donné lieu à de très vives controverses. Résumant les données du système qui nous paraît le mieux établi, nous nous bornerons à dire : 1° que la gestion d'affaires n'a pas été sanctionnée avant la loi *Æbutia;* 2° qu'elle l'a été d'abord au profit du géré, au moyen d'une action prétorienne *in factum;* 3° que l'action *contraria* a été introduite peu après l'action *directa* et également par le préteur; 4° que les actions civiles *in jus* de bonne foi de gestion d'affaires ont

1 Dig., *de reg. juris*, 36 (Pomponius).
2 Instit. *de obl. quasi ex contractu*, 1.

Digitized by Google

été créées postérieurement aux dernières années de la vie de Cicéron [1].

§ III. — Autres obligations quasi-contractuelles.

1379. — **Indivision** : D'autres obligations quasi-contractuelles naissent de l'indivision. Elles sont sanctionnées, quand l'indivision procède d'une succession, par l'action *familiæ erciscundæ*, dans tout autre cas par l'action *communi dividundo* (V. *Première partie*, n. 632-634).

1380. — **Confusion de limites** : La confusion de limites fait naître l'action en bornage (*finium regundorum*). C'est un débat qui généralement est renvoyé par le magistrat devant des *agrimensores* (arpenteurs) chargés de déterminer le *confinium*, espace de cinq pieds qui sépare d'ordinaire les propriétés romaines.

1381. — **Action** *AD EXHIBENDUM* : Celui qui détient une chose est tenu de l'obligation quasi-contractuelle de l'exhiber sur la réclamation de quiconque veut intenter une action à l'occasion de cette chose, obligation sanctionnée par l'action *ad exhibendum* (V. *Première année*, n. 626).

1382. — **Autres quasi-contrats** : On peut ranger dans les obligations qui *quasi ex contractu nascuntur*, celles qui résultent de la tutelle (V. *Première partie*, n. 386).

... Les obligations alimentaires qui naissent de la parenté ou du patronat (V. *Première partie*, n. 173, note 3).

... L'obligation pour le propriétaire d'un fonds supérieur de laisser les eaux à leur libre écoulement et de ne pas aggraver par des travaux la condition des fonds inférieurs (obligation sanctionnée par l'action *pluviæ arcendæ*).

SECTION II

Les quasi-délits.

1383. — Nous nous bornerons ici à renvoyer à l'énumération de Gaius répétée aux Institutes de Justinien, énuméra-

1 Girard, *Manuel*, p. 615.

Digitized by Google

tion qui semble loin d'être complète. Ces deux énumérations visent :

1° L'action contre le juge qui « *a fait le procès sien* », c'est-à-dire qui a manqué à son devoir par malveillance ou négligence.

2° L'action *de dejectis vel effusis :* donnée contre un individu de l'appartement duquel il a été versé ou jeté quelque chose sur un passant.

3° L'action *de suspensis vel positis :* qui trouve son application lorsqu'un objet dont la chute pourrait être dangereuse (un pot de fleurs par exemple) a été placé sur une fenêtre ou un balcon.

4° L'action en responsabilité contre les *nautæ, caupones, stabularii* à raison des vols commis ou des dommages causés sur leur bateau, dans leur auberge ou dans leur écurie au préjudice de leur clientèle [1].

1 Instit. *de obl. quæ quasi ex delicto*, pr. 1, 2, 3. — Dig. *de obl. et act.* 5, 4 (Gaius).

Digitized by Google

LIVRE III

EXTINCTION DES OBLIGATIONS

(**) CHAPITRE I

Historique et division des modes d'extinction des obligations.

1384. — **Théorie du parallélisme :** Le mode d'extinction normal des obligations est et devrait avoir toujours été le *paiement*, entendu dans le sens large, c'est-à-dire l'extinction de l'obligation par son exécution. Cependant les textes nous permettent d'entrevoir une époque où l'exécution de l'obligation ne suffisait pas à libérer le débiteur.

« *Omnia quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt* », fait dire le Digeste à Gaius [1]. Et Ulpien, développant cette idée, explique que l'obligation contractée *verbis* se dissout *verbis*, l'obligation contractée *nudo consensu* se dissout *nudo consensu* [2]; — un passage de Pomponius complète la théorie en nous montrant l'obligation littérale éteinte *litteris*, l'obligation contractée *re* (c'est-à-dire par

1 Dig., *de reg. iuris*, 100 (Gaius).
2 *Ibid.*, 35 (Ulpien).

Digitized by Google

la remise d'une chose) s'éteignant *re*, c'est-à-dire par la restitution de la chose qui fait l'objet de l'obligation [1].

Il est vrai que Pomponius ajoute que les obligations verbales et littérales s'éteignent aussi *re* (par le paiement); mais il s'agit de savoir si Pomponius ne modifie pas, pour la rendre conforme aux idées de son temps, une théorie autrefois plus rigoureusement symétrique.

1385. — Une anecdote racontée par Tite-Live va nous montrer que, vers l'an 364 de Rome, le paiement ne suffisait pas à éteindre l'obligation contractée *per æs et libram*.

Manlius Capitolinus aperçoit un jour sur le Forum un centurion qu'un créancier entraînait dans sa prison privée : « Ai-je donc, s'écrie Manlius, sauvé le Capitole pour voir un de mes compagnons d'armes jeté en servitude, comme si les Gaulois avaient été vainqueurs ? » Et, séance tenante, il paie la dette. S'en tient-il là ? Non, il fait venir cinq témoins et un *libripens* « *libraque et ære liberatum emittit* [2] ».

C'est donc que le paiement n'avait pas suffi à dissoudre l'obligation. — Cette libération *per æs et libram* existait encore du temps de Gaius qui nous en a conservé le rituel et la formule : mais elle avait changé de but, et n'intervenait plus qu'à titre d'*imaginaria solutio*, en dehors de tout paiement [3].

1386. — Le rapprochement des faits historiques,

1 Dig., *de solut.*, 80 (Pomponius).
2 Tite-Live, 6, 14, 5.
3 Gaius, 3, 173.

Digitized by Google

et de la vieille règle énoncée au Digeste, nous montre ce qui se passait dans l'ancien droit romain, et nous présente l'extinction de l'obligation formelle par une formalité inverse comme étant le mode originaire *indispensable* de la dissolution du lien contractuel.

Ce système de dissolution des obligations *contrario jure* est ce que les romanistes appellent le *système du parallélisme.*

1387. — **Introduction dans le droit de l'extinction par le paiement :** La libération par l'effet de l'exécution de l'obligation fut une conquête du droit rationnel sur le formalisme. La révolution se serait produite, d'après Mommsen, sous le règne de Claude, en l'an 54 : et voici la donnée sur laquelle M. Mommsen appuie son opinion : Dans les ruines de Pompéi, on a trouvé les pièces comptables de deux commissaires-priseurs (*auctionatores*) Cécilius Felix et Cécilius Jucundus. Jusqu'à l'an 54 (ap. J.-C.), les tablettes constatent qu'en présence de témoins, le client du commissaire-priseur « *habere dixit* » ; — et ces pièces, d'après M. Mommsen, sont autant de procès-verbaux constatant des *acceptilations* (extinction *contrario jure*)[1].

A partir de l'an 54, les pièces consistent en simples quittances délivrées par le client, analogues à nos « reçus » contemporains et constatent, suivant M. Mommsen, un simple *paiement.*

Mais M. Girard relève dans certains passages de Cicéron, et dans les écrits cités de Scævola (grand

1 Girard, *Textes*, p. 770, et s. — Conf. Caillemer, *Nouvelle Revue historique*, 1877. « Un commissaire-priseur à Pompéi ».

Digitized by Google

pontife en 654 de R.) la preuve que l'extinction par le paiement était déjà connue de leur temps.

1388. — **Division des modes d'extinction des obligations :** Après cet aperçu historique, nous pouvons aborder la division des modes d'extinction telle qu'elle nous est présentée par les jurisconsultes de l'époque classique.

1389. — 1° **Extinction *ipso jure* et *exceptionis ope* :** on distingue d'abord les modes d'extinction *ipso jure* et les modes d'extinction *exceptionis ope :* lorsque l'extinction se produit *ipso jure*, le débiteur poursuivi, après le fait extinctif, par le créancier n'aura pas besoin de demander l'insertion d'une exception dans la formule : il opposera *devant le juge* une défense au fond, c'est-à-dire une dénégation de l'existence de la dette.

Si l'extinction ne s'est produite qu'*exceptionis ope*, c'est *devant le magistrat* que le débiteur libéré devra faire valoir le fait extinctif de son obligation. Il sera dans la nécessité de faire insérer une exception dans la formule, car sans cela, le juge réputé légalement ignorer l'existence du fait extinctif de la dette, n'en pourrait tenir compte dans sa sentence.

1390. — 2° **Extinction par un mode volontaire et par un mode nécessaire :** Il y a extinction par un mode volontaire quand le fait extinctif dépend de la volonté des parties qui sont libres de dissoudre ou de ne pas dissoudre l'obligation ; — par un mode nécessaire quand le fait extinctif se produit en dehors de la volonté des

Digitized by Google

parties qui ne peuvent ni le produire ni l'empêcher.

SECTION I

Modes volontaires.

1391. — Les modes d'extinction volontaire sont le paiement, la novation, la compensation et les conventions libératoires.

§ I. — Paiement (*solutio*).

1392. — **Sens du mot** *solutio* : *En quoi consiste le paiement?* Le paiement, *lato sensu* est l'exécution de l'obligation.

1393. — **Ce que l'on doit payer** : *Datio in solutum* : On doit payer la chose même qui fait l'objet de l'obligation ; ce n'est qu'avec le consentement du créancier que l'on peut donner *aliud pro alio*, p. ex. une jugère de terre à la place d'un cheval, l'esclave Pamphile au lieu de l'esclave Eros. — L'opération qui consiste à se libérer en donnant, avec le consentement du créancier, *aliud pro alio* porte le nom de *datio in solutum*[1].

1394. — Cette libération s'opère-t-elle *ipso jure* ou *exceptionis ope ?* Les Proculiens et les Sabiniens étaient en désaccord sur ce point. D'après les Sabiniens la *datio in solutum* éteignait l'obligation *ipso jure;* d'après les Proculiens l'extinction se produisait *exceptionis ope*[2].

Ce n'est pas là une querelle de mots, car la controverse que nous allons exposer maintenant se lie à cette dissidence comme la conséquence au principe.

1 Gaius, 3, 160.
2 *Ibid.*

Digitized by Google

Supposons que le créancier vienne à être évincé de la chose qu'il a reçue en paiement : quelle action aura-t-il contre le débiteur ?

Dans un système on décide que la *datio in solutum* doit être assimilée à une vente : que le créancier qui a reçu *aliud pro alio* est censé avoir acheté l'objet reçu en paiement en le payant du prix de sa créance. En conséqnence le créancier évincé doit agir comme le ferait un acheteur évincé, par une action en garantie (*actio empti,* dans l'espèce, *actio empti utilis*[1]). Cette théorie part de l'idée que tout est consommé quant à l'ancien contrat, que l'extinction de l'ancienne dette est définitive, irrémédiable (extinction *ipso jure*) et que c'est une obligation nouvelle qui naît de l'éviction. C'est la théorie d'Ulpien, c'est une théorie sabinienne.

Dans le second système on dit : le créancier n'a pas conservé la chose reçue en paiement? Il n'a donc pas été payé : *manet pristina obligatio*[2]. Le créancier gardera contre son débiteur l'*action du contrat originaire.* L'idée inspiratrice de cette théorie est que l'extinction par la *datio in solutum* n'a eu qu'un caractère provisoire (extinction *exceptionis ope*). Le paiement ne tient pas? Il n'y a rien de fait. C'est la théorie de Marcien; c'est une théorie proculienne.

1395. — **Qui peut payer?** Le premier venu tout aussi bien que le débiteur lui-même[3]. Cela cesse d'être vrai cependant si l'obligation est une obligation de faire. L'obligation de faire, contractée *intuitu personæ*, ne peut être exécutée que par le débiteur en personne. J'ai commandé mon portrait à un peintre de mon choix, un autre artiste ne peut se présenter pour me peindre à la place de celui avec lequel j'ai traité.

Il faut de plus que la personne qui traite soit capable de faire un paiement valable, — s'il s'agit d'une obligation *de dare* qu'elle puisse transférer au créancier la propriété de la chose payée. De là

1 Dig., *de pigner. actione,* 24 pr. (Ulpien).
2 Dig., *de solut.,* 46 pr. (Marcien).
3 Dig., *de negot. gest.,* 39 (Gaius).

Digitized by Google

cette conséquence qu'un paiement ne peut être fait ni par un incapable, ni par une personne, qui ne serait pas propriétaire de la chose payée.

1396. — **Qui peut recevoir un paiement?** Le créancier ou son fondé de pouvoir : son tuteur s'il est mineur, son curateur s'il est en curatelle. — Mais on s'expose à payer deux fois si l'on paie entre les mains d'un créancier incapable comme un pupille, ou un *mente captus*.

Nous savons en effet que l'incapable ne peut rendre sa condition pire, et que le paiement fait entre ses mains ne sera valable que s'il a tourné à son profit, et dans les limites du profit qu'il en aura tiré.

§ II. — **Novation.**

1397. — **Définition** : La novation est la translation du contenu d'une obligation dans une nouvelle obligation, née d'un contrat formel, qui se substitue à la première en l'éteignant[1]. Primus me doit cent ; je stipule de Secundus qu'il me paiera cette somme *non pas à défaut* de Primus, mais *à sa place* : c'est une novation. La même dette ne pouvant pas plus faire l'objet de deux contrats que de deux procès, l'obligation contractée par Secundus n'a un sens et un effet qu'autant que Primus cesse d'être mon débiteur. Cette opération qui a éteint la dette de Primus et fait naître, à mon profit, contre Secundus une créance *ayant identiquement le même objet* est précisément ce que l'on appelle une novation.

1 M. Jobbé-Duval croit que la novation s'exécutait primitivement au moyen de deux opérations : *acceptilatio*, *expensilatio*. Les jurisconsultes, pour éviter les fraudes, ont fondu en une seule les deux opérations (M. Jobbé-Duval, à son cours).

Digitized by Google

1398. — La novation peut avoir lieu soit *inter novas personas* soit *inter easdem personas*.

1399. — **Novation** *inter novas personas :* Cette novation, de beaucoup la plus facile à comprendre, peut se produire de deux façons ;

1400. — 1° *Par changement de débiteur : Secundus* s'engage par une *sponsio* vis-à-vis du créancier de Primus à payer la dette de celui-ci qui, par l'effet de cet engagement, demeurera libéré.

1401. — 2° *Par changement de créancier :* Les cent sesterces que je dois à Primus, je les promets (avec le consentement de Primus) à Secundus qui deviendra mon créancier tandis que je ne devrai plus rien à Secundus.

1402. — Ces opérations s'expliquent soit par des rapports d'affaires existant antérieurement entre les parties, soit par une intention de libéralité. — Secundus qui, dans la première hypothèse, s'engage à la place de Primus, est sans doute un débiteur de Primus, ou une personne qui veut lui faire une donation, — Secundus qui se substitue au créancier dans la deuxième hypothèse est probablement lui-même créancier de ce créancier, — on peut supposer encore que l'ancien créancier veut faire au nouveau donation de sa créance.

1403. — **Novation** *inter easdem personas :* Le droit français connaît et le droit romain du temps de Justinien connaissait déjà une novation d'intelligence facile qui s'opérait *inter easdem personas :* c'est la novation *par changement d'objet :* Primus qui doit un esclave à Secundus s'engage à lui donner, au lieu de l'esclave promis, un bijou

Digitized by Google

précieux. Ni le débiteur ni le créancier ne sont changés; la substitution ne porte que sur la chose due.

Mais cette novation est inconnue du droit classique et ne répond pas à la définition que donnent les jurisconsultes classiques de la novation : « la translation du *contenu d'une obligation* dans une nouvelle obligation [1] ».

1404. — On se demande ce qu'il peut y avoir de changé dans une obligation dont les sujets et l'objet restent les mêmes... Le changement, nous dit Gaius, portera sur une modalité de l'obligation, sur un terme ou une condition, qui seront ajoutés ou supprimés, sur un *sponsor* qui garantira ou cessera de garantir l'obligation (*adjectio* ou *detractio sponsoris*) [2].

1404 *bis*. — Ce passage de Gaius n'est point sans soulever de graves difficultés d'interprétation :

Prenons par exemple la suppression d'un terme ou d'une condition (*detractio diei vel conditionis*); on comprend très bien que cette modification ne puisse être introduite par un simple pacte adjoint *ex intervallo*. En effet, ce serait un pacte adjoint *ad augendam obligationem* et nous savons qu'un pareil pacte est inefficace. Il faut donc refaire une stipulation créatrice de l'obligation aggravée.

1405. — Ce que l'on ne s'explique guère c'est que le débiteur puisse se prêter à une opération qui rend sa condition plus dure. Il est possible pourtant de concevoir une hypothèse où le débiteur accepterait la suppression d'un terme : Primus doit à Secundus 1.000 sesterces dans six mois, 500 sesterces dans trois mois. — Le créancier propose à son débiteur de reculer d'un an la plus lourde échéance, à condition que la dette à terme de 500 sesterces soit rendue pure et simple par une novation (*detractio diei*). Voilà un cas où

1 Dig., *de nov. et deleg.*, 1 pr. (Ulpien).
2 Gaius, 3, 177.

Digitized by Google

un débiteur pourra trouver avantage à accepter la suppression du terme. Nous pourrions supposer une hypothèse analogue dans laquelle le débiteur accepterait la conversion d'une obligation conditionnelle en obligation pure et simple.

1406. — Mais il est particulièrement difficile d'expliquer l'emploi d'une stipulation novatoire pour opérer une *adjectio diei vel conditionis*, quand un simple pacte *ad minuendam obligationem* suffirait à produire le résultat poursuivi par les parties.

Quant à la novation qui résulterait soit de l'*adjectio*, soit de la *detractio* d'un *sponsor*, on est réduit à des conjectures, qui présentent assurément beaucoup d'intérêt, mais auxquelles nous ne pouvons nous arrêter ici.

1407. — A notre sens, la novation *inter easdem personas* n'est vraiment intelligible qu'autant que l'on tient compte des conséquences particulières qu'entraîne la substitution d'une obligation de *droit strict* à une obligation de bonne foi. Si je stipule une somme qui m'est due *ex vendito*, *ex locato*, je remplace mon action *venditi*, *locati* par une *condictio certæ pecuniæ* qui entraînera la *sponsio tertiæ partis*. La novation, si elle comporte quelque *adjectio diei*, ou *conditionis*, fera « coup double », car en faisant bénéficier, *par son fond*, mon débiteur d'un avantage, elle m'assurera *par sa forme* une action plus favorable que celle qui m'était attribuée à raison de l'obligation originaire.

1408. — **Forme de la novation :** La novation s'opère au moyen d'une stipulation. Peut-être s'opérait-elle aussi, — tant que le *Codex* subsista, — au moyen du contrat *litteris*.

1409. — **Conditions de fond de la novation :** La novation exige : 1° l'existence d'une première obligation, soit civile, soit naturelle; 2° l'extinction de cette obligation ; 3° la création d'une nouvelle obligation, soit civile, soit naturelle, mais toujours née d'un contrat formel (stipulation, *dictio dotis*, contrat littéral [1*]).

1 * Gide. — La création d'une nouvelle obligation est un élément néces-

Digitized by Google

Si l'on se demandait comment un contrat formel pourra ne faire naître qu'une obligation naturelle, nous pourrions supposer le cas où le créancier accepte à titre de novation la promesse d'un esclave, d'une personne placée sous la puissance du même *pater familias* que lui-même.

1410. — *Animus novandi :* Mais la clef de voûte du système de la novation, c'est l'intention de nover, ce que les jurisconsultes romains appellent *l'animus novandi.*

Secundus me promet ce qui m'est déjà dû par Primus : il n'est pas démontré *a priori* que l'opération intervenue soit une novation. Il est possible que Secundus ait simplement voulu cautionner la dette de Primus (qu'il se soit porté *adpromissor* et non *expromissor*), et que je n'aie pas moi-même entendu donner une autre portée à son intervention. Pour qu'il y ait une novation, il faut que ce sens ait été donné par les parties à l'opération, que les parties aient eu l'*animus novandi.* Toutefois il ne semble pas que cette condition ait été exigée d'une manière certaine avant Justinien. L'identité d'objet des deux obligations impliquait la novation[1].

1411. — L'intention des parties ne sera pas toujours facile à reconnaître. A l'époque d'Ulpien l'*animus novandi* est présumé. Au temps de Justi-

saire de la novation. Que se passera-t-il donc si une obligation pure et simple ayant été novée par une obligation conditionnelle, la condition vient à défaillir ? « *durat prior obligatio* », nous dit Gaius, 3, 119. — Servius Sulpicius pensait au contraire que la novation était acquise et la première obligation éteinte (Gaius, *loc. cit.*).

1 Code, *de nov.*, 8 (Justinien). Il est difficile de savoir exactement quelle était la doctrine classique : Justinien se vante en effet d'avoir remanié les textes antérieurs.

Digitized by Google

nien, il a cessé de l'être, mais ce serait peut-être exagérer les exigences de la constitution de Justinien que de supposer, comme le font beaucoup de romanistes, qu'il doit être exprimé en termes formels [1].

1412. — **Effets de la novation** : 1° Non seulement la novation éteint la créance principale, mais tous les droits accessoires garantissant la créance (obligation des fidéjusseurs, hypothèques) disparaissent avec elle [2].

2° Le cours des intérêts de la créance originaire s'arrête, et la nouvelle créance ne produira des intérêts que si les parties le stipulent formellement [3].

3° La demeure (du débiteur ou du créancier) est purgée [4].

1413. — **De l'expromission et de la délégation** : La novation *inter novas personas* se produit sous deux formes : l'expromission et la délégation.

1414. — L'expromission se passe en dehors du débiteur originaire entre l'*expromissor* et le créancier. — Secundus promet au créancier ce que lui doit Primus, — c'est, si nous pouvons nous exprimer ainsi, une scène à deux personnages [5].

1415. — La délégation (*jussum promittendi*, *jussum stipulandi*) met au contraire trois personnages en scène. Le déléguant, le délégué, le délégataire.

1 M. Bartin à son cours.
2 Dig., *de nov.*, 18 (Paul).
3 *Ibid.*
4 *Ibid.*
5 Dig., *de nov.*, 8, 5 (Ulpien). — *Ibid.*, 11 pr. (Ulpien).

Digitized by Google

Primus débiteur (le déléguant) présente à Secundus créancier (le délégataire) Tertius (le délégué) qui, sur son invitation (*jussum promittendi*), s'engagera à sa place [1].

Ou bien Secundus le créancier (le déléguant) présente à Primus débiteur (le délégataire) Tertius (le délégué) qui deviendra sur son invitation (*jussum stipulandi*) créancier de Primus à sa place.

Comme on le voit un tiers peut être délégué soit par le débiteur à l'effet de promettre le paiement de la dette, soit par le créancier à l'effet de stipuler le paiement de la créance.

1416. — **Novation nécessaire :** Le nom de novation nécessaire (*novatio necessaria*) est parfois donné par les jurisconsultes romains à la *litiscontestatio* [2] qu'ils opposent alors à la novation proprement dite *novatio voluntaria*.

La *litiscontestatio* remplace en effet l'obligation originaire déduite *in judicium* par l'obligation de payer le *judicatum*.

C'est comme on le voit une *novation par changement d'objet*, la première que le droit romain ait connue, la seule qui était admise à l'époque classique : elle a probablement servi de modèle à la novation contractuelle par changement d'objet qui, déjà protégée par le préteur, fut introduite par Justinien dans le droit civil. M. Cuq conteste cette appellation de la *litiscontestatio* en se fondant sur ce que la *listiscontestatio* ne produit *aucun* des effets de la novation, ainsi qu'il va être dit au paragraphe suivant.

1 Dig., *de fidej.*, 18 (Julien).

2 Gaius, 3, 180. — La *litiscontestatio* éteint l'obligation originaire *ipso jure* ou *exceptionis ope* suivant que le *judicium* est *legitimum* ou *imperio continens* (V. *Première année*, n. 540).

Digitized by Google

1417. — **Effets de la novation nécessaire :** Les effets de la novation nécessaire résultant de la *litiscontestatio* diffèrent des effets produits par la novation volontaire en ce que :

1° Les garanties réelles attachées à la créance originaire (gages, hypothèques) continuent à subsister [1] ;

2° Le cours des intérêts n'est pas arrêté (*lite contestata usuræ currunt*) [2] ;

3° La demeure n'est pas purgée ; au contraire la *litiscontestatio* met en demeure le débiteur qui n'y était pas encore.

§ III. — Compensation.

1418. — **Définitions :** La compensation est définie *debiti et crediti inter se contributio* [3]. La compensation se produit lorsque deux personnes sont à la fois créancières et débitrices l'une de l'autre : la plus forte des deux dettes s'éteint en ce cas jusqu'à concurrence de la plus faible.

1419. — **Histoire de la compensation :** La compensation n'a pas toujours été connue du droit romain : La procédure romaine était dominée par le *principe de l'unité de questions :* ce principe est très clairement exposé dans le passage suivant de Sénèque que Ihering a pris pour épigraphe de son livre « *l'Esprit du droit Romain* » : « *Non confunditur formula, si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit : et ego cum illo furti agam et ille mecum depositi...* [4] » .

1 Dig., *de nov.*, 29 (Paul).
2 Dig., 35, *de usuris* (Paul).
3 Dig., *de compens.*, 1 (Modestin).
4 Sénèque, *de benef.*, 6, 5, 6.

Digitized by Google

« Celui qui a fait un dépôt chez moi, m'a ensuite volé : on ne mêle pas les deux procès : J'agirai contre lui par l'action de vol; il agira contre moi par l'action de dépôt (*actio actioni non miscetur*). Il y aura deux procès devant deux juges ! ».

1420. — *Mutuæ petitiones :* Devant deux juges? C'est la possibilité théorique que nous exprimons ainsi. En pratique, le magistrat renverrait les deux affaires devant le même juge : c'est ce qu'on appelle le système des *mutuæ petitiones;* mais ce juge rendra deux jugements, prononcera deux condamnations. Alors à quoi bon ce renvoi devant le même juge, ces *mutuæ petitiones?* Ces mesures devaient, d'après M. Girard, pousser les parties à opérer entre elles la compensation conventionnelle[1].

La double condamnation prononcée contre chacune d'elles et qu'elles pouvaient prévoir les acculait en effet à une impasse : on ne se représente pas, à l'issue du double procès, Primus et Secundus, les adversaires, respectivement condamnés, et exerçant réciproquement l'un contre l'autre la *manus injectio.*

1421. — *Introduction des exceptions :* Les choses ne pouvaient manquer de demeurer en cet état tant que dura la procédure des *legis actiones.*

Le système formulaire et la création des exceptions firent naître le moyen de donner une solution unique au double débat. Ce qui ne veut pas dire que ce moyen fût aperçu et utilisé de suite.

Le moyen consistait à introduire dans le même litige les deux prétentions concurrentes, l'une sous forme d'action, l'autre sous forme d'excep-

1 Girard, *Manuel*, p. 686, n. 1.

Digitized by Google

Digitized by Google

1424. — La balance était faite par l'*argentari*
dans l'*intentio* de la formule, par le *bonoru*
emptor dans la *condemnatio*[*1].

1425. — *Dot :* La *compensatio* était aussi admi
au profit du mari poursuivi en restitution de la do
à raison des impenses par lui faites sur le fon
dotal (*impensæ minuunt ipso jure dotem*)[2].

1426. — *Actions de bonne foi.* — L'étendue d
pouvoirs du juge dans les *judicia bonæ fidei*
aussi admettre — probablement de très bon
heure — la compensation *ex pari causa* dans l
litiges de cette nature : les contrats de bonne f
sont des contrats synallagmatiques qui font naît
des obligations à la charge des deux parties.

Ces obligations, de part et d'autre, procède
du contrat même (*ex pari causa*). Il entre dans
mission du juge de tenir compte de toutes c
obligations et d'établir les compensations qui pe
vent résulter de leur coexistence[3].

1427. — *Innovation de Marc-Aurèle :* La co
pensation *ex pari causa* ne peut se concevoir d
les contrats de droit strict qui n'engendrent
des obligations unilatérales. Celui qui est débit
en vertu d'un contrat de droit strict, ne peu
trouver créancier de son créancier qu'en v
d'un fait complètement étranger à ce contrat
dispari causa).

Une constitution de Marc-Aurèle permit a
biteur poursuivi par une action de droit

1* *Ibid.* C'est pour cela que le B. E. ne risque pas la plus petitio
2 Dig., *de pactis dotal.*, 5, 2 (Paul).
3 Gaius, 4, 61, 63.

Digitized by Google

tion, — à les mettre, pour ainsi dire, dans chacun des plateaux de la balance (*cum pensare*, peser ensemble).

1422. — *Compensatio des argentarii* : La compensation, dont la notion s'était ainsi précisée, ne conquit pas du premier coup sa place devant les tribunaux. Elle fut d'abord admise, imposée même dans les procès entre les *argentarii* et leurs clients, dans les litiges entre les *bonorum emptores* et ceux qui étaient à la fois débiteurs et créanciers du *decoctor*.

L'*argentarius* dont la profession entraînait une série de recettes et de déboursements effectués pour le compte de sa clientèle, devait, lorsqu'il réclamait en justice la somme à lui due par un de ses clients, faire la balance exacte de ses encaissements et de ses avances; s'il négligeait de déduire de son crédit le montant de quelque recette, s'il demandait trop, il encourait la peine de la pluspétition. — C'est ce qu'on appelle la *compensatio* des *argentarii*[1].

1423. — *Deductio du bonorum emptor* : La *deductio* du *bonorum emptor* vise le cas où l'acheteur en bloc du patrimoine d'un débiteur *defraudator* (ou *decoctor*), poursuivant le recouvrement des créances comprises dans le patrimoine, se trouve en présence d'un défendeur qui est à la fois débiteur et créancier du *defraudator*. Le *bonorum emptor* doit déduire (de là le nom de *deductio*) du montant de sa réclamation, le montant du dividende revenant à son adversaire[2].

1 Gaius, 4, 64.
2 Gaius, 4, 65-68.

Digitized by Google

1424. — La balance était faite par l'*argentarius* dans l'*intentio* de la formule, par le *bonorum emptor* dans la *condemnatio*[*1].

1425. — *Dot :* La *compensatio* était aussi admise au profit du mari poursuivi en restitution de la dot, à raison des impenses par lui faites sur le fonds dotal (*impensæ minuunt ipso jure dotem*)[2].

1426. — *Actions de bonne foi.* — L'étendue des pouvoirs du juge dans les *judicia bonæ fidei* fit aussi admettre — probablement de très bonne heure — la compensation *ex pari causa* dans les litiges de cette nature : les contrats de bonne foi sont des contrats synallagmatiques qui font naître des obligations à la charge des deux parties.

Ces obligations, de part et d'autre, procèdent du contrat même (*ex pari causa*). Il entre dans la mission du juge de tenir compte de toutes ces obligations et d'établir les compensations qui peuvent résulter de leur coexistence[3].

1427. — *Innovation de Marc-Aurèle :* La compensation *ex pari causa* ne peut se concevoir dans les contrats de droit strict qui n'engendrent que des obligations unilatérales. Celui qui est débiteur en vertu d'un contrat de droit strict, ne peut se trouver créancier de son créancier qu'en vertu d'un fait complètement étranger à ce contrat (*ex dispari causa*).

Une constitution de Marc-Aurèle permit au débiteur poursuivi par une action de droit strict

1* *Ibid.* C'est pour cela que le B. E. ne risque pas la *plus petitio.*
2 Dig., *de pactis dotal.*, 5, 2 (Paul).
3 Gaius, 4, 61, 63.

Digitized by Google

d'opposer en compensation ce qui pouvait lui être dû *ex dispari causa*[1].

Le débiteur poursuivi faisait valoir la compensation au moyen d'une exception de dol dont il demandait l'insertion dans la formule. — C'est un dol en effet, dit-on, de réclamer une somme que l'on devra rendre : *dolo facit qui petit quod redditurus est*[2].

1428. — L'introduction de l'exception de dol dans la formule aura-t-elle pour effet de faire rejeter entièrement la réclamation du demandeur par application de la peine de la *plus petitio*, ou seulement de faire réduire le montant de la condamnation?

Créancier de N. Negidius de dix, débiteur envers lui de cinq, si j'actionne N. Negidius pour dix, l'insertion de l'exception de dol me fera-t-elle perdre complètement le procès, ou réduira-t-elle à cinq la condamnation de N. Negidius?

Il y a sur ce point une grande et célèbre controverse. On peut citer des textes dans les deux sens.

Dans le premier, Paul, *Sent. : Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur : veluti si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas. SI TOTUM PETAS PLUS PETENDO CAUSA CADIS*[3].

Dans le second, on invoque ce passage très précis de la paraphrase des Institutes de Théophile : *Facta est constitutio divi Marci quæ ait me stricta actione conventum de solidis decem cum mihi deberentur quinque, posse actioni opponere doli exceptionem, atque hac opposita exceptione, judici occasio datur admittendi compensationem ET IN SOLOS QUINQUE SOLIDOS CONDEMNANDI*[4].

D'autres textes, produits en abondance par les écoles dissidentes, n'ont ni le même caractère de précision, ni les mêmes garanties de sincérité. Nous jugeons inutile de les rapporter ici.

1429. — Le système qui rallie encore les plus nombreux adhérents, accepte comme exacte de tous points l'affirmation

1 Instit., *de act.*, 30.
2 Dig., *de doli mali et metus exc.*, 8 pr. (Paul).
3 Paul, *Sent.*, 2, 5, 3.
4 Théophile sous Instit., *de act.*, 30 (trad. Reitz).

Digitized by Google

de Théophile. Celui-ci, dit-on, ne s'exprime pas comme s'il voulait adapter un ancien texte aux idées incontestablement admises de son temps ; il donne un renseignement historique qu'il n'a aucune raison d'altérer.

D'ailleurs la compensation n'est qu'une *exception*, et la controverse, sans s'arrêter à elle, peut élever jusqu'à l'effet général des exceptions : or cet effet est ainsi défini à la loi 22, D. *de except.* : « *Exceptio est conditio quæ modo eximit reum damnatione modo minuit damnationem* ».

1430. — Dans un autre système, qui a pour lui, à côté de beaucoup de passages moins clairs et moins concluants, le texte des *Sentences* de Paul cité plus haut, on enseigne que la réduction de la demande est obtenue non par l'effet de l'exception (qui aurait un résultat bien plus radical), mais par la menace de l'exception qui déterminera le demandeur à accepter *in jure* une compensation conventionnelle [1].

L'argument le plus frappant en faveur de cette doctrine est fourni par la loi 27, § 5, D. *de pactis* : « *Efficeretur per exceptionem mihi* OPPONENDAM (et non *oppositam*) *ut tantum reliqua decem exigere debeam* [2] ».

Ce n'est pas l'exception opposée, c'est la perspective de l'exception qui va être opposée (*opponenda*) qui produit la réduction de la dette en pesant sur la volonté du demandeur par la crainte de la peine de la *plus petitio*.

1431. — **Caractère de l'extinction de la dette par compensation :** Il est à propos de faire remarquer ici que la compensation qui est considérée en droit français comme un mode *nécessaire* d'extinction des obligations, est au contraire, en droit romain, mise au nombre des modes *volontaires* d'extinction.

C'est qu'en effet le droit romain classique a ignoré la *compensation légale* qui se produit à l'insu des parties et même malgré elles. La compensation doit être opposée : on y renonce en gar-

1 V. Girard, *Manuel*, p. 687, n. 3. — Ortolan. — Pilette, *Revue de législ.*, 1846.

2 Paul.

Digitized by Google

dant le silence. Il y a donc dans l'extinction par la compensation qui doit être prononcée par le juge et provoquée par la partie défenderesse, un fait d'initiative, un fait volontaire.

1432. — **Réformes de Justinien :** 1° Une constitution de Justinien de 530, décide que la compensation se fera dans toutes les actions *ipso jure*[1]. Faut-il en conclure comme l'ont fait nombre d'auteurs célèbres qui se sont strictement attachés au sens littéral de ces deux mots, que Justinien a introduit dans le droit de son temps la *compensation légale?* La suite du texte ne nous permet pas d'adopter cette doctrine : le juge ne peut, d'après la loi citée, admettre la compensation que si elle apparaît dégagée d'incertitude (*non multis ambagibus innodata*), si elle peut présenter une solution facile (*si possit Judici facilem sui exitum præstare*)[2]. C'est donc d'une compensation *judiciaire* qu'il s'agit, et non d'une compensation légale. Aussi est-on conduit à se demander ce qu'a voulu dire Justinien : peut-être tout simplement que la compensation sera désormais invoquée non au moyen d'une exception mais à titre de défense au fond?

1433. — 2° Justinien, d'autre part, admet la compensation *dans les actions réelles*[3]. Cela ne peut s'appliquer évidemment au cas où la sentence peut être ramenée à exécution *manu militari*, mais seulement à l'hypothèse où par suite d'une impossibilité d'exécution *in ipsam rem* le jugement doit forcément aboutir à une condamnation pécuniaire.

1 Code, *de compens.*, 14 pr.
2 *Ibid.*, § 1.
3 « *Nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda* », Code, loi citée, pr.

Digitized by Google

1434. — 3° La compensation, d'après la même constitution, ne peut s'établir qu'entre deux dettes certaines, liquides (c'est-à-dire déterminées quant à leur quotité); mais il n'est pas nécessaire, comme en droit français, que les deux dettes aient pour objet des choses fongibles[1].

1435. — 4° Enfin la compensation ne peut être opposée ni au fisc, ni au créancier d'une pension alimentaire, ni par le dépositaire au déposant qui réclame sa chose.

§ IV. — Conventions libératoires.

1436. — Le groupe des conventions libératoires comprend : 1° le mode civil d'extinction des obligations par l'acceptilation; 2° le mode prétorien du *pactum de non petendo;* 3° la libération *per aes et libram;* 4° le *contrarius consensus;* 5° le terme extinctif.

1437. — A. **Acceptilation verbale**. L'acceptilation verbale, conformément à la théorie du parallélisme exposée plus haut (V. *suprà*, n. 1384), a pour but d'éteindre les obligations verbales.

1438. — **Forme de l'acceptilation verbale :** Comme la stipulation à laquelle elle est symétrique, l'acceptilation verbale s'effectue au moyen d'une interrogation et d'une réponse : « *Quod tibi promisi habesne acceptum?* », demande le débiteur. — « *Habeo* », répond le créancier. Et l'obligation se trouve éteinte, comme par l'effet d'un paiement, c'est-à-dire *ipso jure*[2].

1 *Ibid.*
2 Dig., *de acceptil.*, 1 (Modestin).

Digitized by Google

1439.— **Fonction de l'acceptilation verbale** : A l'époque où le paiement n'était pas libératoire (V. *suprà*, n. 1384), l'acceptilation concourait avec le paiement pour opérer la libération du débiteur. Lorsque le paiement suffit à éteindre les obligations, vers la fin de la République, l'acceptilation, *imaginaria solutio*, ne servit plus qu'à opérer des remises de dette[1].

1440. — **Généralisation de l'acceptilation verbale; — stipulation aquilienne** : En principe l'acceptilation verbale ne pouvait éteindre que des obligations verbales. Le jurisconsulte Aquilius Gallus trouva le moyen de la faire servir à l'extinction de toute espèce d'obligations.

Le procédé imaginé par Aquilius Gallus se décomposait en deux opérations : 1° Transformation en obligation verbale d'une obligation quelconque au moyen d'une novation; 2° extinction de la nouvelle obligation (verbale) par une acceptilation.

Quod mihi debes ex empto (p. ex.) *idemne dare spondes? — Spondeo* ». Voilà la novation.

« *Quod mihi hodie, per stipulationem aquilianam spopondisti, habesne acceptum?* » — « *Acceptum habeo* ». Voilà l'acceptilation[2].

L'ensemble des obligations, ainsi ramené à une obligation verbale unique, est ensuite éteint par l'acceptilation.

1441. — *Application de la stipulation aquilienne aux règlements de compte :* Au lieu d'appliquer la novation au moyen de la stipulation aquilienne à une obligation unique que l'on se proposait d'éteindre, on pouvait l'appliquer à tout un ensemble d'opérations : les Institutes de Justinien et le

1 Inst., *quibus modis oblig. tollitur*, 1.
2 Instit., *Quibus mod. obl. toll.*, 2.

Digitized by Google

Digeste nous ont conservé, avec quelques variantes, la formule dont il est fait usage :

Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, opportebit, præsens in diemve : quarumque rerum mihi tecum actio, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve : QUOD VE TU MEUM HABES, TENES, POSSIDES : *quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecunian dari stipulatus est Aulus Agerius spopondit Numerius Negidius* [1].

L'ensemble des obligations, ainsi ramené à une obligation verbale unique, est ensuite éteint par l'acceptilation.

1442. — *Application de la stipulation aquilienne aux droits réels :* On peut s'étonner de voir figurer dans l'émunération du Digeste, des *droits réels* (*quod tu meum habes, tenes, possides*). Peut-on donc nover un droit réel? Cela semble contraire à la définition même de la novation qui consiste dans le remplacement d'une *obligation* (droit personnel) par une autre obligation. C'est que l'on oublie qu'en droit romain, les actions réelles elles-mêmes ne tendent qu'à des condamnations pécuniaires, et qu'après la *litiscontestatio* le demandeur à l'action en revendication ou à toute autre action réelle n'est plus qu'un *créancier* du défendeur.

La formule de la stipulation aquilienne vise le droit *transformé* par l'effet de la *deductio in judicium :* et comme ce droit transformé n'est plus qu'un droit personnel, qu'une obligation, il est tout naturel qu'il puisse être nové [2].

1443. — **Acceptilation littérale :** L'obligation *litteris* s'éteignait par le moyen de l'acceptilation *litteris*, mention inverse à l'*expensilatio*. Le créancier qui a inscrit sur son *Codex* « *Expensum Titio centum* » portera à la colonne (ou à la page) de l'*acceptum* « *Acceptum a Titio centum* ». Les

1 « Pour tout ce que tu me dois ou me devras, soit présentement, soit à terme, pour quelque cause que ce soit, pour tout ce qui pourrait être pour moi l'objet d'une action personnelle (*actio*), d'une action réelle (*petitio*), d'une poursuite *extra ordinem* (*persecutio*), pour tout ce que tu as, détiens ou possèdes m'appartenant (me promets-tu) somme égale, quelle que soit la valeur ou la nature de la chose ? » « C'est en ces termes qu'Aulus Agerius a stipulé, et que Numérius Negidius a promis »... (Dig., *de acceptil.*, 18, 1. — Florentinus).

2 Accarias.

Digitized by Google

deux articles se balancent et l'obligation est éteinte.

1444. — B. **Libération** *per æs et libram :* Il convient de rapprocher de l'acceptilation la libération *per æs et libram* au moyen de laquelle on éteignait les obligations formées *per æs et libram.* Le créancier qui voulait faire remise à son débiteur déclarait en présence de cinq témoins et du *libripens* qu'il recevait « *priman postremamque* », à titre de première et dernière, une pièce de monnaie (*libra*) que lui remettait son débiteur. Cette cérémonie qui, autrefois, accompagnait le paiement pour lui donner une efficacité libératoire, n'est plus, comme les acceptilations, qu'un moyen de remettre la dette et de l'éteindre sans en recevoir le paiement.

1445. — C. *Pactum de non petendo :* Le *pactum de non petendo*, simple convention de ne pas réclamer la dette, est le mode prétorien de remise des obligations. Il n'opère pas *ipso jure*, mais seulement *exceptionis ope*[1*], c'est-à-dire que le débiteur, s'il veut se prévaloir de sa libération devant le juge, devra faire insérer dans la formule l'*exceptio pacti conventi.*

1446. — En cas de pluralité d'obligés, le *pactum de non petendo* peut être conçu soit *in rem* « *non petam* », et alors il peut être invoqué par tous les coobligés, soit *in personam* « *a te, Prime, non petam* » et, dans ce second cas, il ne peut être invoqué que par le bénéficiaire de la remise, *Primus* : il ne

1* Cependant il opère *ipso jure* pour les obligations naturelles et les obligations délictuelles.

Digitized by Google

profiterait pas à ses coobligés ni même à ses héritiers. — C'est d'ailleurs, avant tout, une question d'intention des parties[1*].

1447. — D. *Contrarius consensus :* Le *contrarius consensus* est un mode d'extinction particulier aux obligations qui se forment par le seul consentement[2]. *Primus* et *Secundus* ont convenu ensemble d'une vente, d'une location, d'une société. Ils s'accordent pour rompre le contrat : il n'y a rien de fait.

1448. — Remarquons toutefois que, pour que le *contrarius consensus* produise tout son effet, il faut qu'il intervienne *rebus integris*, c'est-à-dire lorsqu'aucune des parties contractantes n'a exécuté son obligation.

S'il y a eu exécution, il ne suffirait point à remettre les choses en l'état. Supposons, par exemple, qu'un acheteur et un vendeur conviennent de tenir leur contrat pour non avenu lorsque la chose est déjà livrée et le prix payé, il faudra que le vendeur restitue le prix, et que l'acheteur retransfère au vendeur la propriété de la chose.

1449. — E. **Terme extinctif et condition résolutoire :** Le terme extinctif et la condition résolutoire sont eux-mêmes des aspects du *contrarius consensus :* c'est en effet l'accord, la volonté même des parties, qui annule l'obligation affectée de la modalité extinctive, mais cette volonté,

1* M. Jobbé-Duval (à son cours) : Le pacte *de non petendo* présente sur l'*acceptilatio* l'avantage que n'étant pas un *actus legitimus*, il peut être affecté d'un terme ou d'une condition.

2 Paul, *Sent.*

Digitized by Google

cet accord sont exprimés par avance et au moment même de la formation du contrat.

1450. — Ce qui différencie le terme et la condition extinctifs du *contrarius consensus* proprement dit, c'est qu'ils peuvent, en se produisant, mettre à néant non seulement une obligation née du simple consentement, mais une ou plusieurs obligations nées d'un contrat formel[1].

Ainsi la rente viagère promise par stipulation s'éteint au décès du crédi-rentier : mais cette extinction ne se produit qu'*exceptionis ope :* Le débiteur de la rente, attaqué par les héritiers du crédi-rentier repoussera leur demande par une *exceptio pacti* ou une *exceptio doli*[2].

1451. — *Ventes sous condition résolutoire :* Pour l'effet des conditions résolutoires insérées dans une vente (*lex commissoria*, *addictio in diem*), nous renvoyons à nos explications données *suprà*, n. 1253.

SECTION II

Modes d'extinction non volontaires des obligations.

1452. — Les obligations, en dehors de la volonté des parties, s'éteignent : 1° par la confusion ; 2° par la perte de la chose ; 3° quelquefois par la mort ou la *capitis deminutio* du débiteur ; 4° par la prescription.

1 Faut-il bien dire, en ce cas, « mettre à néant » (ce qui impliquerait une idée d'extinction *ipso jure*) ? — Et ne vaudrait-il pas mieux dire « mettre en échec », ce qui indique une extinction *exceptionis ope* ?

2 Conf. *Première partie*, n. 515.

Digitized by Google

§ I. — Confusion.

1453. — **Définition :** La confusion est l'extinction de l'obligation par la réunion des qualités de débiteur et de créancier sur la même tête : elle se produit lorsque le débiteur devient l'héritier du créancier ou réciproquement[1]. C'est plutôt une impossibilité d'exécution qu'une véritable extinction de l'obligation.

§ II. — Perte de la chose due.

1454. — **La perte de la chose ; le cas fortuit; la force majeure :** Il y a *perte* de la chose qui fait l'objet d'une obligation lorsque cette chose est détruite matériellement, ou même lorsqu'elle est mise hors du commerce.

Cette perte peut être totale (*interitus rei*), ou partielle (destruction partielle ou détérioration de la chose).

Elle peut se produire : 1° soit par *cas fortuit* ou par *force majeure*, 2° soit par la faute de la partie débitrice.

1455. — Le cas fortuit est le fait que l'on ne peut prévoir, — la force majeure, le fait que l'on ne peut empêcher.

1456. — La perte totale ou partielle de la chose met en jeu trois théories unies entre elles par une étroite relation, la théorie des risques, celle de la demeure, et celle de la faute.

1 Dig., *de solut. et liber.*, 95, 2 (Papinien).

Digitized by Google

A. — Théorie des risques.

1457. — **Notion des risques :** Lorsqu'une obligation n'a pas pour objet une *species* (corps certain), mais une quotité de choses désignées ou un genre limité, l'objet de cette obligation ne peut périr : *genera non pereunt*. Celui qui doit *dix hectolitres de blé*, ou qui doit *un cheval*, ne pourra jamais prétendre que l'objet de son obligation n'existe plus.

Au contraire, un corps certain qui fait l'objet d'une obligation encore non exécutée peut être détruit par cas fortuit; alors s'élève la question de savoir qui doit supporter la perte résultant de cette destruction, — de savoir « sur qui pèsent les risques (*periculum*) » dirons-nous, pour employer l'expression consacrée.

On dit quelquefois : *res perit domino*. Cette règle, inventée par les glossateurs, est, en dehors des relations contractuelles, aussi indiscutable qu'un axiome. — Si une chose vient à périr, c'est évidemment à son propriétaire que cela fait tort. — Mais les Romains ne l'ont jamais formulée en matière d'obligations, car elle constituerait, au point de vue romain, une contre-vérité.

La théorie romaine se résumait en deux principes : *Debitor rei certæ interitu liberatur* (dont on a fait le brocart *res perit* CREDITORI) — et : *Impossibilium nulla est obligatio* [1].

Je vous ai *promis* (contrat unilatéral) l'esclave Stichus, Stichus meurt par cas fortuit avant que

1 Dig., *de reg. juris*, 185 (Celsus). — Le droit romain sur ce point est en contradiction avec le vieux droit germanique. En droit germanique la perte du corps certain est pour celui *qui l'a sous sa garde* (V. en ce sens, Pufendorf). *Conf.* Planiol, n. 1391 et s., t. 2.

Digitized by Google

l'obligation soit exécutée, je suis libéré. — Je vous ai *vendu* (contrat synallagmatique) l'esclave Stichus : il meurt avant la tradition; je suis libéré, et vous, vous n'êtes pas libéré de l'obligation de me payer le prix convenu. C'est sur vous (qui êtes le *creditor*) que pèsent les risques.

Quelle est, en effet, dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation du créancier d'un corps certain? La contre-obligation du débiteur de ce corps. Ainsi, dans l'hypothèse d'une vente, l'acheteur s'est obligé à payer le prix, non pas à condition que le vendeur *lui livrât la chose*, mais *qu'il s'obligeât à la lui livrer*. Ce résultat a été obtenu. L'obligation de l'acheteur n'est pas sans cause; cette obligation doit être maintenue et le vendeur peut en poursuivre l'exécution. Cette raison traditionnelle est aujourd'hui fort critiquée : peut-être peut-on rattacher simplement la règle romaine au temps où la vente se contractait au moyen d'une double stipulation. Ce serait *une survivance*.

1458. — **Des risques dans les obligations conditionnelles :** La doctrine que nous venons d'exposer est applicable aux obligations pures et simples et aux obligations à terme, c'est-à-dire à toutes les obligations dont le *dies cedens* se produit au moment même où l'obligation prend naissance quelle que soit d'ailleurs l'époque de leur exigibilité (*dies veniens*).

Mais il en est autrement dans les obligations sous condition suspensive. Si, dans un contrat synallagmatique, au moment où la condition se réalise, l'objet de l'obligation avait cessé d'exister par suite d'un cas fortuit, le débiteur subirait le

Digitized by Google

risque de la perte, en ce sens qu'il ne pourrait pas exiger la contre-prestation promise. *Res perit* DEBITORI (et non plus CREDITORI, comme dans l'obligation pure et simple ou dans l'obligation à terme)[1].

On pourrait être tenté d'objecter à cette solution la théorie de la *rétroactivité de la condition;* mais cette théorie n'est pas exacte de tous points : appuyée par quelques textes, contredite par d'autres, elle n'a été construite dans son ensemble que par les commentateurs (V. *suprà*, n. 1078).

1458 *bis*. — L'obligation affectée d'une condition extinctive est-elle soumise à d'autres règles que celle qui est contractée sous une condition suspensive? Non! les textes du droit romain ne distinguent pas [2]. Supposons, par exemple, la vente d'un corps certain, d'une brebis si l'on veut, vente exécutée par la tradition, et affectée d'une condition extinctive : l'animal meurt *pendente conditione;* puis la condition extinctive se réalise. L'acheteur ne peut rendre l'objet vendu, et cependant le vendeur ne conservera pas le prix : il sera contraint par une *condictio sine causa* d'en effectuer la restitution.

1459. — **Risques de la détérioration :** Dans les obligations pures et simples ou à terme, le risque de la détérioration est régi par les mêmes principes que le risque de la perte totale. C'est-à-dire que, dans un cas comme dans l'autre, il pèse sur le créancier.

Dans l'obligation conditionnelle, les deux théories divergent : le risque de la perte totale est à la

1 Dig., *de peric. rei vend.*, 8 pr. (Paul).
2 V. par ex. l. 8 pr. Dig., *de peric. et comm. rei vend.* (Paul).

Digitized by Google

charge du débiteur; le risque de la détérioration est à la charge du créancier. Il devra, si la condition se réalise, prendre la chose, dans l'état où elle se trouve [1].

(En droit français, l'art. 1182 donne à l'acheteur sous condition, — le créancier — le droit de se départir du contrat, ce qui fait qu'en définitive, le risque de la détérioration, comme celui de la chose même, peut retomber sur le vendeur, — le débiteur).

B. — THÉORIE DE LA DEMEURE.

1460. — **Définition :** La demeure est le retard contraire au droit apporté à l'exécution d'une obligation (*injusta solvendi cessatio*) [2]. Il ne faut pas confondre la demeure proprement dite, avec le simple retard, bien que pour désigner l'une et l'autre, la langue latine se serve du même mot : *MORA*.

La plupart des controverses qui ont compliqué cette matière n'ont pas d'autre fondement que ce double sens tantôt technique, tantôt vulgaire, du mot *MORA*.

1461. — **La mise en demeure** : Le débiteur n'est pas *constitué en demeure* par le seul fait du retard. Il n'y a *mora* dans le sens légal du mot que lorsque le retard a été constaté, *souligné* pour ainsi dire, par réclamation du créancier. — Exceptionnellement le débiteur peut se trouver en demeure avant toute réclamation, soit en vertu d'une convention initiale, soit à raison du caractère du fait générateur de sa dette : De là trois sortes de de-

1 Inst., *de empt. et vend.*, 2. — Molitor, *oblig.*, t. I, p. 363.
2 Mühlenbruch, § 371.

Digitized by Google

meures : la *mora ex interpellatione*, la *mora ex contractu*, la *mora ex re*.

1462. — *Mora ex interpellatione*[1] : C'est la demeure de droit commun : elle se produit par l'effet d'une *interpellatio* du créancier, c'est-à-dire d'un acte par lequel le créancier fait connaître sa volonté d'être payé.

Il en est de même en droit français et en droit romain. Seulement, en droit français, l'*interpellatio* consiste en une sommation par huissier : à Rome où il n'existait pas d'huissiers (au moins à l'époque classique), l'*interpellatio* est faite par le créancier lui-même : elle n'a pas de formes spéciales et se produit toutes les fois que la volonté d'être payé est affirmée par une réclamation positive.

1463. — *Mora ex contractu* : L'*interpellatio* devient inutile lorsque les parties ont convenu dans le contrat que la mise en demeure résulterait de la seule échéance du terme et qu'il ne serait pas besoin pour la produire d'une *interpellatio*[2*].

1464. — L'obligation à terme n'implique-t-elle pas une *mora ex contractu* qui se produirait, dans cette obligation, par la seule échéance du terme? — La règle « *dies interpellat pro homine* » fut pendant bien longtemps présentée comme ayant été admise par les jurisconsultes romains. Savigny le premier la contesta à son cours : et cette doctrine

1 Ou *ex persona* : *Mora intelligitur fieri non ex re sed ex persona, id est si interpellatus opportuno loco non solverit.* — Dig., *de usur. et fruct.*, 32 pr. (Marcien).

2* L'existence d'une *mora ex contractu*, certaine en droit français, est discutable en droit romain, surtout dans les obligations de droit strict.

Digitized by Google

nouvelle provoqua dans les revues de droit d'Allemagne (*Archiv für die civilitische Praxis* et *Zeitschrift für Civilrecht und Process*) une polémique à laquelle prirent part presque tous les grands romanistes allemands de l'époque.

On peut considérer aujourd'hui le débat comme épuisé, et la question résolue. La règle « *dies interpellat pro homine* » n'existait pas en droit romain, et l'échéance du terme ne suffisait pas à constituer le débiteur à terme en demeure : l'*interpellatio* était nécessaire.

1465. — *Mora ex re :* Il y a des débiteurs qui n'ont pas besoin d'être interpellés et qui sont en demeure de plein droit, à raison du fait générateur de leur dette. Ce sont les débiteurs *ex delicto*, c'est-à-dire le voleur, le *vi raptor*[1].

1466. — Il faut y ajouter le débiteur qui, par son absence, a empêché le créancier de lui faire la sommation qu'il aurait voulu faire : mais dans cette hypothèse, il y a moins *mora ex re*, qu'une interpellation *réputée faite* par cela seul que c'est le débiteur qui l'a rendue impossible[2].

1467. — **Effets de la *mora* :** Est-il donc si important de déterminer si le débiteur est ou non en demeure ? Oui, car la demeure a pour effet principal de *déplacer les risques* et de les mettre, dans le cas où ils pèsent sur le créancier (obligations pures et simples et à terme), à la charge du débiteur.

Le débiteur en demeure n'est pas libéré par la

1 Code, *de cond. ob turpem causam*, 7 (Dioclétien et Maximien). — Dig., *de cond. furtiva*, 8, 1 (Ulpien).
2 Dig., *de usur.*, 23, 1 (Ulpien).

Digitized by Google

perte fortuite de la chose : *Mora perpetuat obligationem*[1].

1468. — A cet effet principal, qui se produit dans toutes les obligations *tant de droit strict que de bonne foi*, s'ajoute un effet accessoire particulier aux actions de bonne foi. La demeure fait courir les *intérêts moratoires* des dettes de sommes d'argent ou de céréales[2].

1469. — Les intérêts *moratoires* diffèrent des intérêts *conventionnels* et des intérêts *légaux* en ce qu'ils n'ont pas besoin d'être demandés par une action distincte, et qu'ils ne peuvent être réclamés après le jugement sur le principal. Leur allocation est comprise dans l'*office du juge* saisi de l'action du contrat[3].

1470. — **Atténuation à l'effet de la demeure :** Le débiteur d'un corps certain échappe aux risques que la demeure a remis à sa charge, en prouvant que *la chose eût également péri* entre les mains du créancier si l'obligation eût été exécutée avant la mise en demeure, — et que le créancier ne l'aurait pas vendue auparavant. Mais cette atténuation n'est pas admise lorsque la dette procède d'une possession furtive ou violente[4].

1471. — **Purge de la demeure :** La demeure du débiteur peut être purgée par le moyen de la consignation précédée des offres (*oblatio* et *obsignatio*) : le débiteur faisait sommation au créan-

1 Dig., *de verb. obl.*, 91, 3 (Paul).
2 Dig., *de usur.*, 32, 2 (Marcien).
3 Dig., *depositi vel. contra*, 24 (Papinien).
4 Girard, *Manuel*, p. 631.

Digitized by Google

cier de recevoir la chose due (*oblatio*) et, si le créancier refusait de la recevoir, il la déposait dans un lieu convenable (*obsignatio*), généralement dans un temple[1].

1472. — *Mora creditoris* : La consignation précédée des offres peut servir non seulement à purger la demeure du débiteur, mais aussi à mettre le créancier en demeure. Il y a *mora creditoris* lorsque (par suite d'un désaccord sans doute), le créancier refuse de recevoir la chose due (*injusta accipiendi cessatio*). L'effet de la mise en demeure du créancier est de mettre les risques à sa charge dans le cas où ils pesaient sur le débiteur, — et d'arrêter le cours des intérêts. De même que le débiteur en demeure purge sa demeure par l'*oblatio et obsignatio*, le créancier en demeure purge la sienne en interpellant le débiteur.

C. — Théorie des fautes.

1473. — Passons maintenant du débiteur en demeure au débiteur en faute, du cas où le corps certain qui fait l'objet de l'obligation a péri par cas fortuit au cas où sa destruction a été causée par le fait ou la négligence de l'obligé.

1474. — *Dolus* : Celui qui est débiteur d'une chose — j'entends par là obligé de la remettre à un tiers, à quelque titre que ce soit — est chargé de conserver cette chose. Si elle périt par son *dol*, le débiteur ne peut assurément se prétendre libéré par la perte de la chose.

1 Dig., *de solut. et liber.*, 72 pr. (Marcellus).

Digitized by Google

1475. — *Culpa lata :* Il en est de même si la chose a péri par la faute lourde du débiteur, c'est-à-dire par l'effet d'une négligence tellement grave qu'elle ressemble à une manœuvre malveillante : *magna culpa dolus est*[1].

1476. — *Culpa levis :* Mais il peut arriver que la perte de la chose ait été occasionnée par une négligence de médiocre gravité (*culpa levis* ou *levior* des textes), et on a alors à se demander si, dans tous les cas, l'obligation survit à la perte de la chose : les solutions varient avec les contrats.

1477. — **Limitation de la théorie :** Avant d'aborder l'étude de la *théorie des fautes*, il est essentiel de remarquer que cette théorie ne s'applique nettement qu'aux obligations de *bonne foi*. Les obligations de *droit strict* sont régies par des principes tout particuliers[2].

1478. — **La faute dans les contrats ou quasi-contrats de bonne foi :**

Certains contrats n'admettent d'autre responsabilité que celle du dol : — et sous cette appellation nous comprenons la faute lourde, conformément au principe posé plus haut (*magna culpa dolus est*).

D'autres comportent la responsabilité de la faute : et par ce mot il faut entendre la faute légère. — Nous ne donnerons pas, — et les textes ne donnent pas davantage — une autre acception au mot *culpa*.

1479. — Existe-t-il un *criterium* à l'aide duquel

1 Dig., *de verb. signif.*, 226 (Paul).

2 La célèbre loi « *contractus* » (23, Dig., *de reg. juris*) ne vise en effet que des contrats de bonne foi. — Ce texte est la base de la théorie et le siège de la controverse.

Digitized by Google

on puisse déterminer les contrats dans lesquels le débiteur est seulement responsable du dol, et ceux dans lesquels il est tenu du dol et de la faute? Oui; *le débiteur n'est responsable que de son dol lorsqu'il détient la chose dans le seul intérêt du créancier.* Ulpien qui a posé le principe de cette distinction[1], ne l'applique point avec beaucoup de précision. Il cite dans un autre de ses ouvrages deux contrats où le débiteur n'est tenu que du dol : le dépôt, le contrat de précaire. Le classement du dépôt dans cette catégorie ne présente aucune difficulté : le dépositaire ne détient la chose déposée que dans l'intérêt du déposant.

1480. — Il n'en est point de même du *précariste*, mais Ulpien a pris soin de justifier ailleurs cette indulgence de la doctrine. Le *precarium* est une libéralité : c'est pour la rendre plus complète que l'on épargne au précariste la responsabilité de la *culpa*[2].

1481. — Ulpien d'ailleurs contredit ou complète sa théorie en déclarant responsable de la *culpa* le mandataire, le tuteur, le *negotiorum gestor*, qui, tous trois, rendent un service purement gratuit[3]; on peut considérer ces trois solutions comme trois exceptions au principe, justifiées par des considérations spéciales; en effet le *negotiorum gestor* ne devait pas se mêler d'une affaire qui ne le regardait pas s'il n'était pas décidé à y apporter toute sa diligence; — le mandataire aurait dû refuser le mandat s'il ne voulait en accepter l'entière responsabilité; enfin la sévérité à l'égard du tuteur s'ex-

1 A la loi précitée.
2 Dig., *de prec.*, 8 (Ulpien).
3 Loi « contractus ». — Paul, *Sent.*, 4, 1.

Digitized by Google

pliquerait par une véritable nécessité d'ordre public[1].

1482. — Sont au contraire responsables de la *culpa*, les débiteurs qui détiennent l'objet de l'obligation dans leur intérêt personnel (comme le commodataire[2], le créancier-gagiste, le locataire, le mari tenu de la restitution de la dot, le vendeur) — ou ceux qui le détiennent dans un intérêt commun (comme l'associé et le communiste)[3].

1483. — **Nuances de la *Culpa* :** La *culpa* s'apprécie tantôt *in abstracto*, tantôt *in concreto :* C'est-à-dire sans comparer ou en comparant les soins apportés par le débiteur à la conservation de la chose avec ceux qu'il donne d'ordinaire aux objets qui lui appartiennent.

Appréciée *in abstracto*, la faute peut se définir « une négligence que ne commet pas un chef de famille soigneux (*bonus pater familias*) ». — Appréciée *in concreto*, c'est « une négligence que le débiteur ne commet pas habituellement dans la gestion de ses affaires ».

1484. — L'appréciation *in abstracto* de la faute est la règle ; — les cas exceptionnels dans lesquels les textes signalent l'appréciation de la faute *in concreto* concernent l'associé, le communiste, le mari débiteur de la dot[4] ; — c'est-à-dire, comme on le voit, trois cas *où le débiteur et le créancier sont des coïntéressés.*

1 Voyez toutefois à la *Collatio* (10-2-3), un texte contraire de Modestin.
2 Paul, *Sent.*, 2, 4, 3.
3 Dig., *commodati vel contrà*, 5, 2 (Ulpien).
4 Instit., *de societ.*, 9 ; Dig., *fam. ercisc.*, 25, 16 (Paul) ; *de jure dot.*, 17 pr. (Paul).

Digitized by Google

1485. — On trouve des textes contradictoires concernant le tuteur, le mandataire, le gérant d'affaires[1].

1486. — **La faute dans les obligations de droit strict** : La théorie de la distinction des fautes ne s'applique, ainsi que nous l'avons dit, qu'aux obligations de bonne foi. — La promesse d'un corps certain par stipulation (obligation de droit strict) astreint le *promissor ad dandum, non ad faciendum*[2]. Le *promissor* d'un esclave ne serait pas tenu contractuellement si, n'étant pas en demeure, il avait laissé mourir l'esclave faute de soins, ou s'il l'avait livré empoisonné[3].

Seulement le créancier pourrait intenter contre le débiteur l'*action de dol.*

1487. — Il semble eu outre résulter des textes que, dans la stipulation d'un *factum*, le juge pouvait rendre le débiteur responsable d'une faute appréciée *in abstracto*[4].

1488. — **La** *custodia* : Le système de la responsabilité des fautes, tel que nous venons de l'exposer, ne s'applique d'ailleurs qu'en l'absence de conventions des parties qui peuvent atténuer ou aggraver la responsabilité du débiteur. Le débiteur peut assumer la *custodia*, c'est-à-dire prendre à sa charge les fautes légères, et même certains cas fortuits. — La *custodia*, existe de droit à la charge de certains débiteurs : les *nautæ*, *cau-*

1 Les jurisconsultes romains sont peu d'accord entre eux et le même jurisconsulte est parfois contredit par lui-même.
2 Dig., *de verb. obl.*, 91 pr. (Paul).
3 Dig., *de dolo malo*, 7, 3 (Ulpien).
4 Conf. Girard, *Manuel*, p. 636.

Digitized by Google

pones, *stabularii*, — et, depuis une constitution d'Antonin le Pieux, les *locatores horreorum*[1].

1489. — **Faute aquilienne** : Il n'y a que la faute *in omittendo* (négligence) qui soit positivement contractuelle. — La faute *in committendo*, fait positif du débiteur qui consiste à porter un tort direct à l'objet, et non à ne pas éviter le *damnum quod venit extrinsecus*[2] (le dommage qui vient du dehors) peut dégénérer en faute aquilienne. — En ce cas le créancier peut choisir entre l'action du contrat et l'action de la loi Aquilia ; mais quand il a choisi l'une d'elles, il ne peut, à l'époque classique, exercer l'autre : *electa una via non est regressus ad alteram*. La règle d'après laquelle le créancier qui a exercé l'action la moins avantageuse peut ensuite exercer l'autre pour obtenir *quod amplius in ea est* n'a été formulée qu'au temps d'Arcadius et Honorius, par Hermogénien : ce n'est que par suite d'interpolations qu'elle se trouve signalée dans des textes plus anciens[3].

§ III. — Mort du débiteur ou du créancier.

1490. — **Transmissibilité des obligations : conjectures historiques** : En principe les actions ne s'éteignent ni par la mort du créancier ni par celle du débiteur. Elles passent aux héritiers du premier contre les héritiers du second, ce qu'on exprime en disant qu'elles sont activement et passivement transmissibles. En a-t-il toujours

1 Dig., *Nautæ caupones*, 1, 8, 3, 2. — Code, *de loc. et cond.*, 4 (Alexandre-Sévère).
2 Hasse, *die Culpa des rœmischen Rechts*.
3 Conf. Girard, *Manuel*, p. 638.

Digitized by Google

été ainsi? On s'accorde en général à admettre la négative.

1491. — Dans tous les cas, la transmissibilité active et passive des créances remonterait jusqu'aux XII Tables, car la loi décemvirale nous montre les créances et les dettes héréditaires *se divisant entre les héritiers*. Leur partage implique leur transmission [1].

1492. — **Actions pénales :** Mais la transmissibilité passive ne s'étendit jamais aux actions pénales. Le droit de vengeance ne peut rationnellement s'exercer que sur la personne de l'offenseur. L'action persécutoire de la peine s'éteint au décès du délinquant. — Quelquefois pourtant l'action pénale ne s'éteint que pour faire place à une action non pénale dont l'objet est d'empêcher l'enrichissement injuste des héritiers. C'est ainsi que nous voyons une action *in factum* contre les héritiers enrichis succéder à l'*actio doli* contre le délinquant.

1493. — La transmissibilité active des actions pénales n'a rien que de logique. S'il n'est pas admissible que la vengeance atteigne des innocents, on peut très bien admettre que les héritiers de l'offensé aient à assouvir sur l'offenseur le ressentiment qu'ils éprouvent du tort fait à leur auteur, à une personne avec laquelle ils sont censés *ne faire qu'un*.

1494. — Cependant ils ne pourront exercer une action à raison d'une offense tellement personnelle

1 Code, 3, 36, 6 (Gordien). — Girard, *Textes*, p. 15.

Digitized by Google

que l'offensé seul peut en apprécier l'importance. Nous ne connaissons à l'époque classique qu'une seule action qui réponde à ce type et, par suite, soit activement intransmissible : c'est l'action *injuriarum* (V. n. 955).

§ IV. — *Capitis deminutio.*

1495. — Les dettes, d'après le droit civil, s'éteignaient par la *capitis deminutio*. C'est, dit-on, parce que les *capitis deminutiones* sont une sorte de *mort civile*. On pourrait, s'il en est ainsi, faire remarquer que cette mort civile a prolongé ses effets avec plus de persistance que la mort naturelle : car l'extinction des dettes par les diminutions de tête existait encore après la loi des XII Tables.

1496. — Des tempéraments furent d'ailleurs apportés à ce principe : 1° en matière de *maxima* et de *media capitis deminutio* par la pratique de l'État qui, en confisquant les biens des condamnés, s'imposait la loi de payer les créanciers à concurrence de la valeur du patrimoine ; — 2° en matière de *capitis deminutio minima* par le préteur qui forçait l'adrogeant à payer les créanciers de l'adrogé (V. *Première partie*, n. 314) sous menace de la rescision de l'adrogation par une *restitutio in integrum*.

1497. — Quant aux actions délictuelles, elles survivaient à la *capitis deminutio*, comme le droit de vengeance dont elles sont la forme légale. Seulement elles subissaient une modification en cas de *minima capitis deminutio* d'un individu *sui juris*

Digitized by Google

(peut-être même dans certains cas de grande diminution de tête [1]) : elles devenaient noxales *.

§ V. — **Prescription.**

1498. — **Actions perpétuelles et temporaires** : Les actions civiles, en droit romain, étaient perpétuelles, sauf une seule : l'action du créancier contre les *sponsores* et les *fidepromissores*. Nous verrons un peu plus loin (n. 1561) que les *sponsores* et *fidepromissores* ne pouvaient être poursuivis que pendant deux ans.

1499. — Il ne faut pas voir une seconde exception dans l'action *auctoritatis* (V. *suprà*, n. 1223). Si cette dernière ne peut pas être intentée *post biennium*, ce n'est pas parce qu'elle est prescrite, mais simplement parce qu'elle devient inutile, l'usucapion ayant mis l'acheteur à l'abri de toute éviction.

1500. — En revanche les actions prétoriennes ne duraient qu'un an. Pas toutes cependant : car plusieurs actions prétoriennes (celles, disent les auteurs, qui avaient pour effet de *compléter* et non de *corriger* le droit civil) étaient perpétuelles[2].

1501. — Pourquoi ces actions prétoriennes étaient-elles, en général, annales? C'est sans doute parce que, dans le principe, elles ne survivaient pas aux pouvoirs du préteur dont l'Édit leur servait de fondement.

1502. — **Réformes du droit byzantin** : Théodose II et Honorius limitèrent à trente ans

1 V. première partie, n. 125, 129.
2 Instit., *de perpet. et temp. act.*, pr.

Digitized by Google

la durée des actions civiles : — ces trente ans couraient du jour de l'échéance de la dette [1].

L'action hypothécaire, par une anomalie encore mal expliquée, ne se prescrivait que par quarante ans, et survivait par conséquent, pendant dix ans, à l'action personnelle [2].

1503. — Justinien porta également à quarante ans la prescription des actions appartenant à des églises ou à des fondations pieuses [3].

Les créances du fisc demeurèrent imprescriptibles [4].

1504. — **Suspension et interruption de la prescription** : La prescription est *suspendue*, c'est-à-dire que, sans être effacée dans le passé, elle cesse de courir, lorsque le créancier est un impubère, — ou même un mineur de vingt-cinq ans.

1505. — Elle est *interrompue* par une demande en justice introduite par le créancier, ou par la reconnaissance de la dette émanant du débiteur; cette reconnaissance peut être expresse ou tacite : elle est tacite lorsqu'elle résulte d'un paiement des intérêts ou du versement d'un acompte sur le capital.

1506. — Il y a, entre la suspension et l'interruption, cette différence capitale que la suspension laisse subsister la prescription courue dans le passé, tandis que l'interruption anéantit la prescription antérieurement courue.

1 Code, *de præsc. XXX vel XXXX ann.* (Théodose II et Honorius).
2 *Ibid.*
3 Novelle 111 (Justinien).
4 Cod. *de præsc.*, 6.

Digitized by Google

SECTION III

Modes d'extinction spéciaux aux obligations délictuelles.

A

1507. — **Mort :** Nous avons déjà vu (*suprà*, n. 1492) que les actions délictuelles s'éteignent par la mort du délinquant.

1508. — **Simple pacte ou pardon :** Les actions délictuelles s'éteignaient par un simple pacte, une composition (le *wehrgeld* des Germains), alors qu'en ce qui concernait les obligations contractuelles, la théorie du parallélisme était dans toute sa vigueur.

1509. — La différence entre les obligations contractuelles et les obligations délictuelles a été atténuée lorsque les obligations contractuelles ont pu être remises au moyen d'un simple *pactum de non petendo ;* mais, si elle s'est atténuée, elle n'a pas disparu, car le pacte de composition ou de pardon est une institution du droit civil : ce pacte éteint l'obligation délictuelle *ipso jure*[1]. Le *pactum de non petendo* n'est qu'un pacte prétorien et n'éteint les obligations contractuelles qu'*exceptionis ope*.

B

1510. — **Abandon noxal :** Enfin, lorsque le *paterfamilias* est tenu à raison d'une obligation

1 L'extinction des poursuites par le simple pacte ne s'applique qu'aux délits privés : « *de criminibus, propter infamiam, nemo cum adversario paciscî potest* (Paul, *Sent.*, 1, 7).

Digitized by Google

délictuelle de son fils de famille, de son esclave, — ou même d'un quadrupède dont il est propriétaire, il peut se libérer par l'*abandon noxal* auquel nous devons consacrer une étude spéciale.

1511. — Fondement des actions noxales : — Le *paterfamilias* est tenu de payer l'indemnité due à la victime d'un délit commis par son fils *in potestate* ou par son esclave; mais il peut se libérer de cette obligation en abandonnant à la partie lésée l'auteur du délit — c'est ce que l'on appelle l'abandon noxal[1].

1512. — L'obligation du *paterfamilias* est-elle fondée sur un devoir de surveillance comme l'action en responsabilité qui naît de notre article 1384, C. civ.? on pourrait être tenté de le croire; mais une considération décisive nous montre qu'il faut aller chercher ailleurs la raison d'être de l'action qui est dirigée contre le chef de famille à raison des délits commis par les personnes qu'il a sous sa puissance.

Un esclave, coupable d'un délit, change de maître entre le fait délictueux et l'action. Qui sera poursuivi? Le maître qui avait la propriété de l'esclave et par conséquent sa surveillance au moment du délit? Non; mais le nouveau maître, qui, au moment de l'accomplissement du fait délictueux, n'avait sur l'esclave coupable aucune surveillance ni aucune autorité.

C'est donc ailleurs que dans cette responsabilité analogue à celle qui est consacrée par notre législation qu'il faut aller chercher le fondement de l'*action noxale*.

Ce fondement, c'est le droit de vengeance de la partie lésée ; et l'action noxale peut être définie : « une action par laquelle on demande à celui qui a entre les mains l'auteur d'un délit, de payer la composition légale du délit, ou de livrer le coupable à la vengeance de la victime »[2].

1513. — Nature de l'action noxale : Les actions noxales ne sont point des actions particuliè-

1 Instit., *de nox. act.*, pr. 1, 2, 4.
2 Girard, *Manuel*, p. 657.

Digitized by Google

res; toutes les actions délictuelles peuvent s'exercer *noxaliter*. La partie lésée recourra à l'action de vol, de la loi Aquilia, d'injure, ou à l'action *vi bonorum raptorum* suivant le délit commis, et, au lieu de l'exercer contre l'esclave qui n'est pas une personne, elle l'intentera contre son maître.

1514. — **Règle « *noxalis actio caput sequitur*[1] ».** Cette formule signifie que l'action noxale doit être dirigée contre celui qui est le maître de l'esclave au moment où elle est intentée. — Si l'esclave a été affranchi avant la poursuite, c'est contre lui-même que l'action sera exercée : d'action noxale elle deviendra action directe. Inversement si un individu libre au moment du délit se trouvait *in mancipio* ou *in servitute* lors du procès, l'action, de directe, deviendrait noxale.

1515. — Le problème est plus difficile à résoudre lorsque l'esclave, depuis le délit, est devenu la propriété de la victime. Sans doute, il ne pourra pas être l'objet d'une poursuite et d'un abandon matériellement impossibles tant qu'il sera aux mains de la partie lésée, mais on s'est demandé si l'action ne ressusciterait pas dans le cas où l'esclave cesserait d'appartenir à celle-ci.

D'après les Proculiens, si le *servus alienus* qui a commis un délit vis-à-vis de vous devient vôtre, tant qu'il est sous votre puissance, l'action sommeille (*quiescit actio cum tecum agere non potes*); mais, s'il sort de votre puissance, l'action se réveille[2].

D'après les Sabiniens, l'action ne sommeille pas, elle s'évanouit définitivement sitôt que l'esclave devient la propriété de la partie lésée[3]. C'est la solution adoptée par Justinien.

1516. — **Abandon noxal : ses formes et**

1 Gaius, 4, 77. — Paul, *Sent.*, 2, 31, 8.
2 Dig., *de noxal. act.*, 37 (Tryphoninus).
3 Gaius, 4, 78. — Instit., *de nox. act.*, 6.

Digitized by Google

ses conséquences : L'abandon noxal (*noxæ deditio*) se fait au moyen d'une mancipation — tant pour les fils de famille que pour les esclaves, mais avec cette différence qu'il place les premiers *in mancipio*, les seconds, *in servitute;* — moins régulièrement, l'esclave peut être simplement emmené par la victime en vertu de l'ordre du préteur (*jussu prætoris ductus*); mais, en ce cas, la partie l'a seulement *in bonis*[1].

L'effet de la *noxæ deditio* consistait autrefois en une aliénation définitive; plus tard une doctrine plus clémente a prévalu : et on a permis à l'individu abandonné *noxaliter* de demander sa libération quand il avait réparé par son travail le préjudice causé. — De là cette conséquence singulière, qu'il est plus facile au *servus noxæ deditus* qu'à celui qui n'a jamais commis de délit de parvenir à la liberté.

1517. — Dans le même ordre d'idées, on décide que l'esclave *noxæ deditus* qui trouverait le moyen de payer à la partie lésée le montant de l'indemnité du préjudice souffert, devrait être aussitôt affranchi.

1518. — **L'abandon noxal est-il une** *FACULTAS SOLUTIONIS?* La question présente un sérieux intérêt; car, si l'abandon noxal était *in obligatione*, la mort du coupable libérerait le *paterfamilias* de toute obligation: d'après M. Girard l'abandon noxal serait *in obligatione* jusqu'à la *litiscontestatio;* — de la *litiscontestatio* au jugement, l'obligation est alternative; — après le jugement, l'abandon noxal n'est plus qu'*in facultate solutionis*[2].

D'où il suit que, jusqu'à la *litiscontestatio*, le *paterfamilias*

1 Dig., *de nox. act*, 26, 6 (Paul).
2 Girard, *Manuel*, p. 660.

Digitized by Google

est libéré par la mort de l'auteur du délit, mais qu'il ne peut plus l'être après la *litiscontestatio*.

1519. — **Réformes de Justinien :** Justinien a maintenu l'abandon noxal des esclaves et aboli celui des fils de famille[1].

1520. — **Action noxale** *de pauperie*[2*] : On peut abandonner *noxaliter* un quadrupède domestique qui a causé du dégât (*qui pauperiem fecit*) : et, ce qui ne laisse pas d'être curieux, lorsqu'un animal a été tué dans un combat avec un autre animal appartenant à un propriétaire différent, Scævola et Ulpien semblent se préoccuper de déterminer lequel des combattants était dans son tort. Si la victime a été l'agresseur, il n'y a pas lieu à l'action *de pauperie*[3].

APPENDICE AU CHAPITRE I DU LIVRE III

Cessions des créances.

1521. — **Notions historiques :** Si, dans la notion primitive romaine, l'obligation ne pouvait être transportée activement ou passivement sur la tête d'un héritier du créancier ou du débiteur, —

1 Inst., *de nox. act.*, 7. — L. des XII Tabl., tabl. VIII. — V. Girard, *Textes*, p. 16.

2* Instit., *Si quadrupes*, pr. — Paul, *Sent.*, 15, 1.

3 Dig., *Si quadrupes*, 1, 6 (Ulpien).

Digitized by Google

et cela parce qu'elle constituait un rapport juridique entre deux personnes déterminées et rien qu'entre ces deux personnes, il est évident qu'elle ne pouvait pas non plus faire l'objet d'une cession[1].

A l'époque des Douze Tables, cette conception rigoureuse de la *personnalité* de l'obligation avait déjà été abandonnée en ce qui concerne la transmission par succession (V. *suprà*, n. 1492) : en ce qui concerne la cession (vente ou donation) de la créance, elle ne disparut jamais complètement.

La novation fut, dans le principe, l'unique moyen de mettre un nouveau créancier à la place du créancier originaire (V. *suprà*, n. 1400).

1522. — *Procuratio in rem suam :* Les jurisconsultes arrivèrent à rendre pratiquement possible le transport des créances au moyen d'un expédient : la *procuratio in rem suam*[2*].

Le créancier donnait à la personne à laquelle il voulait céder sa créance le mandat (*procuratio*) de poursuivre en justice son débiteur ; de plus, en vertu de la convention des parties, le mandataire était dispensé de rendre compte au mandant de la créance recouvrée ; il agissait non pour le profit du mandant (*in rem mandatoris*) mais pour son profit personnel (*in rem suam*) : de là le nom de cet artifice juridique[3].

1523. — Le déplacement de la créance ne s'opérait qu'au moment et par l'effet de la *litiscontestatio*. Celle-ci en effet éteignait le droit du mandant,

1 Gaius, 2, 38.

2* Cet expédient ne put s'introduire qu'après la loi Æbusia, le système des actions de la loi n'admettant pas la représentation en justice.

3 Gaius, *loc. cit.*

Digitized by Google

et obligeait le débiteur envers le poursuivant, c'est-à-dire le *procurator*[1*].

1524. — **Inconvénients de la *procuratio in rem suam* :** Jusqu'à la *litiscontestatio*, la *procuratio in rem suam* pouvait, comme tout autre mandat, être révoquée par le mandant. — Comme tout autre mandat elle s'éteignait par le décès du mandant. — Enfin, le débiteur conservait le droit de se libérer en payant entre les mains de son créancier originaire.

1525. — **Actions utiles** : Une première réforme du droit impérial consista à faire survivre le droit du *procurator* au décès du mandant, en lui donnant une *action utile* à la place de son *actio mandata*[2].

1526. — *Denuntiatio* : L'empereur Gordien opéra ou consacra un nouveau progrès : lorsque la *procuratio in rem suam* avait été dénoncée au débiteur, celui-ci perdait le droit, même avant la *litiscontestatio*, de se libérer entre les mains du cédant[3]. Cette *denuntiatio* présente la plus grande analogie avec la signification prescrite par l'art. 1690 de notre Code civil.

1* La formule dont se servait ce *procurator in rem suam* présentait une *intentio* au nom du mandant et une *condemnatio* au nom du *procurator*. C'est donc une formule « à transposition » ; on l'appelait formule *rutilienne* du nom du préteur qui l'avait imaginée.

2 Dig., *de proc.*, 55.

3 Code, *de novat.*, 3 (Gordien).

Digitized by Google

LIVRE IV

PLURALITÉ DE CRÉANCIERS OU DE DÉBITEURS

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

1527. — Jusqu'à présent nous avons raisonné dans l'hypothèse où un seul créancier se trouve en face d'un seul débiteur; mais il peut arriver qu'une dette unique soit contractée originairement par plusieurs débiteurs ou envers plusieurs créanciers; il peut arriver plus souvent encore que le décès du créancier unique ou de l'unique débiteur mette plusieurs héritiers en présence du débiteur ou du créancier de leur auteur.

1528. — **Principe de la division des dettes et des créances :** Lorsqu'il existe dès le principe plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs d'une même obligation, chacun d'eux ne peut demander le paiement ou y être contraint que jusqu'à concurrence de sa part[1].

Lorsqu'une dette originairement contractée par un seul débiteur ou envers un seul créancier est transmise passivement ou activement aux héritiers de l'un ou de l'autre, cette dette se divise entre les

1 XII Tables., tab. VIII. — Girard, *Textes*, p. 16.

Digitized by Google

héritiers : chacun ne peut être contraint de la payer ou la demander que pour la part à concurrence de laquelle il représente le débiteur ou le créancier[1].

1529. — **Dérogations aux principes** : Le principe de la division des obligations subit une dérogation :

1° A l'égard des contractants originaires : quand l'obligation est *corréale*, ou quand elle est simplement *in solidum;*

2° A l'égard des héritiers des contractants quand l'obligation est indivisible.

1530. — **Obligations indivisibles** : L'obligation indivisible est celle qui ne peut, à raison de sa nature même, être exécutée par fractions : par ex. l'obligation de constituer une servitude, de construire des thermes ou un théâtre. La servitude ne peut s'exercer pour parties : (soit par ex. une servitude de passage : on passe ou on ne passe pas; c'est tout ou rien) ; elle ne peut non plus se constituer pour parties. — De même l'obligation de construire des thermes ou un théâtre n'est accomplie que lorsque l'édifice est achevé[2].

Si donc le débiteur d'une obligation indivisible vient à mourir, chacun de ses héritiers sera tenu de toute la prestation sauf son recours contre ses cohéritiers.

Nous ne pouvons, dans un ouvrage restreint, introduire l'étude de cette matière qui est une des plus délicates de la législation de tous les temps et de tous les pays.

1 *Ibid.*
2 Dig., *de verb. obl.*, 55 pr. ; — Dig., *eod. tit.*, 2 (Paul).

Digitized by Google

CHAPITRE I

Obligations corréales.

1531. — **Sources de la corréalité** : Si l'indivisibilité d'une obligation est la conséquence de la *nature* de son objet, la corréalité est, au contraire, d'ordre artificiel; car elle ne peut résulter que de la stipulation des parties ou d'une disposition testamentaire.

1532. — **Ce qu'est l'obligation corréale :** Une obligation est dite corréale lorsque les parties contractantes sont convenues qu'une dette contractée par une seule personne envers plusieurs costipulants pourra être exigée en totalité par un seul des cocréanciers, et que le paiement fait entre les mains d'un des costipulants libérera le promettant à l'égard de tous les autres; — ou, inversement, qu'une dette contractée par plusieurs copromettants envers un stipulant unique pourra être réclamée en totalité par le stipulant à celui des copromettants qu'il lui plaira de poursuivre.

Dans le premier cas il y a *corréalité active;* — dans le second *corréalité passive.*

1533. — La corréalité active ou passive, qui ne résultait dans le principe que du contrat verbal, mais que l'on a pu introduire plus tard dans tous les contrats[1], s'établissait aussi par testament : activement lorsque le testateur, en faisant un legs

1 Dig., *de duob. reis...* 9 pr. (Papinien).

Digitized by Google

en faveur de plusieurs colégataires, ordonnait que ce legs fût acquité en totalité aux mains de celui des légataires qui en demanderait ou en poursuivrait le paiement; — activement lorsqu'un *de cujus* laissant plusieurs héritiers enjoignait qu'un legs fût acquitté intégralement par celui des héritiers auquel le légataire en ferait la réclamation (sauf recours de l'héritier qui aurait payé spontanément ou sur poursuites contre ses cohéritiers)[1].

1534. — *Correi credendi; correi debendi :* Les personnes unies par le lien de la corréalité active sont appelées *correi credendi* (*correi stipulandi* si la corréalité active résulte d'une stipulation).

On donne à ceux qu'unit un lien de corréalité passive le nom général de *correi debendi*, et le nom spécial de *correi promittendi* s'ils sont obligés en vertu d'un contrat verbal.

A

1535. — *Correi stipulandi :* L'obligation existe pour le tout au profit de chacun des *correi stipulandi*. Chacun d'eux peut toucher le montant intégral de la dette et, en cas de non-paiement, poursuivre le débiteur pour le tout (*solidum singulis debetur*)[2]. — De plus, par suite de l'effet extinctif de la *litiscontestatio*, l'exercice de l'action par un des *correi stipulandi*, fait disparaître le droit de poursuite de tous les autres[3].

1536. — **De l'*adstipulator* :** L'*adstiputor* est

1 Dig., même texte, et *de leg.*, II, 16 (Celsus).
2 Instit., *de duob. reis*, 1.
3 Dig., *de novat.*, 31, 1 (Venuleius).

Digitized by Google

un *correus stipulandi* d'un caractère spécial : il a tous les droits d'un créancier, droit de toucher la créance, d'en poursuivre le recouvrement, etc... En réalité, il n'est point créancier, mais seulement un mandataire du créancier ; celui-ci, soit qu'il ait à s'absenter au moment de l'échéance, soit qu'il veuille se décharger du soin du recouvrement, a jugé à propos de faire intervenir, à côté de lui dans le contrat, un *alter ego*, qui pourra le suppléer de la manière la plus complète : cet *alter ego* c'est l'*adstipulator* [1]. L'*adstipulatio* pouvait être accidentelle, mais il y avait à Rome des gens qui en faisaient métier (V. lettres attribuées à Cicéron : *ad Octavium*, 9).

1537. — **De l'*adjectus solutionis gratia* :** On ne doit pas confondre l'*adstipulator* qui a le pouvoir de toucher, de poursuivre, de disposer de la créance, avec l'*adjectus solutionis gratia*, autre mandataire du créancier, qui n'a que le pouvoir de toucher, mais non celui de poursuivre ni de faire une *acceptilatio* [2].

1538. — **Raison d'être de la corréalité active** : On s'est souvent demandé quelles étaient les raisons d'être de la corréalité active.

Rien de plus facile à apercevoir si les *correi stipulandi* sont des associés. Comme, en droit romain, les associés ne sont pas, comme en droit français (C. civ., art. 1859), « censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre », il est tout naturel que deux ou plusieurs membres d'une société stipulent *correaliter* afin que chacun d'eux puisse, à défaut, ou en l'absence des autres, poursuivre l'exécution de la stipulation.

1539. — Dans le cas où il n'existe point de société entre

1 Gaius, 3, 110, 111.
2 Dig., *Mandati vel contrà*, 59 pr. (Paul).

Digitized by Google

les *correi stipulandi,* on a imaginé des hypothèses tourmentées et invraisemblables pour expliquer leur action commune. Pour nous, si l'un des costipulants est seul intéressé à l'exécution de la stipulation, l'autre n'est pas autre chose qu'un *adstipulator*. Pourquoi les *correi stipulandi* n'ont-ils pas laissé paraître cette différence de leurs rôles respectifs? Simplement parce que beaucoup de gens n'aiment point à mettre les tiers dans la confidence de leurs affaires.

Deux amis *Primus* et *Secundus* stipulent d'un banquier ou de tout autre individu qu'à une date déterminée, il tiendra une somme à la disposition de celui des deux qui se présentera pour la toucher. Si l'affaire n'intéresse que l'un d'eux, le débiteur n'a pas besoin de le savoir; et eux n'ont pas besoin de le dire.

1540. — **Formes de la stipulation corréale et de *l'adstipulatio* :** Lorsqu'il n'existe pas de société entre les *correi stipulandi*, la stipulation corréale n'est qu'une *adstipulatio* inavouée. Entre elle et l'*adstipulatio* patente il n'y a aucune différence de fond, il n'y a qu'une différence de forme.

1541. — La différence de forme consiste en ce que, dans la corréalité active, l'interrogation de tous les créanciers précède la réponse du promettant.

— « *Spondes ne mihi decem?* » interroge le premier créancier.

— *Spondes ne mihi idem?* » interroge le second.

Alors seulement le promettant répond : « *Spondeo* [1] ».

1541 *bis*. — Supposons au contraire une *adstipulatio* dont on n'a point déguisé le caractère.

— « *Spondes ne mihi decem?* » interroge le créancier.

1 Instit., *de duob. reis*, pr.

Digitized by Google

— « *Spondeo* », répond le promettant.

L'*adstipulator* prend alors la parole « *Spondès ne mihi idem?* ».

Et le promettant de répondre une seconde fois « *spondeo* »[1].

Cela ne change rien à la situation du promettant, mais cela a l'avantage de fixer les rapports des deux créanciers dont le second, dans la dernière hypothèse, n'est que le mandataire du premier.

1542. — **Effets de la corréalité active :** 1° *à l'égard du débiteur :* Chacun des *correi credendi* peut recevoir le paiement de la créance, et le paiement fait par le débiteur à l'un des cocréanciers le libère vis-à-vis de tous les autres. — Chacun des *correi credendi* peut exercer des poursuites contre le débiteur à concurrence de la totalité de la créance.

Mais, sitôt que la *litiscontestatio* s'est opérée entre le débiteur poursuivi et le créancier poursuivant, l'obligation est éteinte à l'égard de tous les cocréanciers. En effet, l'obligation originaire qui comportait plusieurs créanciers a été novée (éteinte par conséquent) par l'effet de la *litiscontestatio* et remplacée par l'obligation de défendre au procès et d'exécuter le *judicatum*, obligation dans laquelle ne figure qu'un seul créancier : le poursuivant[2].

1543. — 2° *Entre les* CORREI CREDENDI *:* Cet effet variera suivant la nature des rapports qui lient entre eux les *correi credendi*. S'ils sont associés,

1 Gaius, 3, 110, 114.

2 Dig., *de novat. et deleg.*, 31, 1 (Venuleius) : Chacun des créanciers corréaux peut aussi faire une novation ou une acceptilation.

Digitized by Google

celui qui aura touché le montant intégral de la créance devra faire à ses coassociés raison de leur part et il en sera tenu par l'action *pro socio*. Si un des *correi credendi* est seul intéressé et si les autres jouent, en réalité, le rôle d'*adstipulatores*, il faut distinguer. Si c'est l'intéressé qui a touché le montant de la créance, il n'a de compte à rendre à personne ; si le montant de la créance a été touché par un des *adstipulatores* occultes, la somme touchée devra être rendue intégralement à celui qui doit en bénéficier, et le *correus* qui l'a touchée y sera contraint par l'action *mandati directa*.

B

1544. — *Correi promittendi* (**ou** *debendi*) : Un seul créancier, plusieurs débiteurs dont chacun peut être poursuivi pour le tout, est tenu d'acquitter le montant intégral de la dette. Telle nous apparaît la corréalité passive.

1545. — **Extinction de la dette corréale :** La dette corréale est éteinte : 1° par le paiement qu'en effectue un des codébiteurs (*alter solvendo omnium perimit obligationem et omnes liberat*).

1546. — 2° Par l'acceptilation faite par le créancier à l'un des codébiteurs solidaires ; car l'acceptilation équivaut au paiement : elle atteint l'obligation *objectivement* et la fait disparaître comme le paiement lui-même.

1547. — Le *pactum de non petendo* fait par le créancier avec l'un des codébiteurs n'a pas la même valeur ; il n'éteint l'obligation qu'à concurrence

Digitized by Google

de la part du débiteur auquel la remise a été consentie [1].

1548. — **Extinction *litiscontestatione*. — Réforme de Justinien** : 3° La *litiscontestatio* avec un codébiteur éteint l'obligation à l'égard de tous les autres.

On pourrait dire que l'obligation corréale est moins une obligation commune à tous les *correi debendi*, qu'une obligation qui flotte entre eux jusqu'au moment où la *litiscontestatio* l'a fixée sur la tête de l'un d'eux.

Si donc le créancier s'est adressé, dans ses poursuites, à un débiteur insolvable, ce sera tant pis pour lui ; il ne pourra exercer de nouvelles poursuites contre les autres codébiteurs.

1549. — Ce système, que justifiait en droit l'effet extinctif de la *litiscontestatio*, a disparu sous Justinien. Justinien décide en effet que les *correi debendi* ne seront plus libérés *litiscontestatione*, mais seulement *solutione :* c'est-à-dire que le créancier qui n'aura pu obtenir d'un premier défendeur le paiement intégral de sa créance pourra agir contre les autres jusqu'à ce qu'il ait été complètement désintéressé. C'est l'économie de notre théorie actuelle des obligations solidaires) [2].

1550. — **Rapports des *correi debendi* entre eux :** Le *correus debendi* qui a payé la dette en totalité a, en principe, un recours contre ses codébiteurs : recours dont le montant et le mode de

1 Dig., *de pact.* 25 pr. (Paul). Paul admet cependant la solution contraire si les *correi debendi* sont associés.

2 Code *de fidej.*, 28, 2 (Justinien).

Digitized by Google

recouvrement doivent être fixés conformément aux distinctions exposées plus haut en matière de corréalité active (V. *suprà*, n. 1543). Si les *correi debendi* sont associés, le *correus* qui a payé réclamera de ses coïntéressés leur contribution à la dette, et exercera son recours au moyen d'une action *pro socio*. Si le *correus* qui a payé est en réalité le seul débiteur, si les autres ne sont que ses cautions, le paiement qu'il aura effectué restera à sa charge. S'il n'est qu'une caution, il recourra pour le tout contre le *correus* débiteur principal par l'action *mandati contraria*.

1551. — **Obligation *in solidum* :** L'obligation corréale proprement dite ne peut naître que d'un contrat ou d'un testament.

L'obligation *in solidum* (on dit souvent : la *solidarité imparfaite*) résulte des délits ou des quasi-délits imputables concurremment à plusieurs personnes[1] ; — et même, dans le dernier état du droit, de certaines obligations quasi-contractuelles, et de certaines fautes contractuelles (p. ex. : responsabilité de plusieurs cotuteurs).

1552. — La grande différence entre l'obligation corréale et l'obligation *in solidum* consiste en ce que, même avant Justinien, les codébiteurs du *solidum* n'étaient pas libérés *litiscontestatione*, mais seulement *solutione*. Justinien n'a fait qu'emprunter la règle de l'obligation *in solidum* pour l'appliquer aux obligations corréales.

1 Gérardin, *Nouvelle Revue historique*, 1885.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Le cautionnement.

SECTION I

Histoire du cautionnement.

1553. — *Prædes et vades :* Les plus anciennes cautions connues du droit romain sont les *prædes* et les *vades*[1].

Les *prædes* sont des cautions reçues, pour leurs créances, par l'État ou par les cités. Leur engagement se formait probablement par contrat verbal : « *Præs es? — Præs sum* ». C'étaient des *expromissores* plutôt que des *adpromissores*. Leur intervention avait pour effet de dégager le débiteur principal. Nous en avons la démonstration bien frappante dans le marché de Pouzzoles où nous voyons l'entrepreneur des travaux ordonnés par la ville se porter lui-même *præs* à côté de ses *prædes* pour ne pas demeurer en dehors de l'obligation[2].

1554. — Nous avons déjà rencontré les *prædes* en étudiant la procédure des actions réelles au temps des actions de la loi : *prædes sacramenti, prædes litis ac vindiciarum ;* leur engagement ne profitait que par voie indirecte à l'adversaire de la partie pour laquelle ils s'engageaient, car cet engagement était pris non envers la partie, mais envers le magistrat. Le plaideur triomphant qui exerce la *manus injectio* contre les *prædes* agit, pour ainsi dire, en qualité de subrogé aux droits de l'État.

1555. — Sur les *vades* nous n'avons guère de renseignements : nous savons que le *vadimonium* a pour objet de garantir la comparution en justice d'une partie; mais nous ne pouvons dire d'une manière certaine si l'engagement du *vas*

1 Conf., Girard, *Manuel*, 727.
2 Girard, *Textes*, p. 767.

Digitized by Google

était pris envers le magistrat ou envers la partie : « Prolétaires et contribuables, *vades* et *subvades*, les 25 as, le talion, toute cette vieillerie de la loi des XII Tables a été enterrée par la loi Æbutia, si ce n'est dans les causes centumvirales » (Aulu-Gelle)[1].

1556. — Les *vades* comme les *prædes* étaient non des cautions (*adpromissores*), mais des obligés sous la condition suspensive de l'inexécution de l'obligation par l'obligé principal (*expromissores* conditionnels)[2].

1557. — *Sponsores et fidepromissores :* La véritable *adpromissio*, l'engagement accessoire à l'obligation d'un débiteur principal, n'apparaît à Rome qu'avec les *sponsores* (nécessairement citoyens puisque la *sponsio* n'est accessible qu'aux citoyens Romains) et les *fidepromissores* qui peuvent être pérégrins.

La *sponsio* et la *fidepromissio* doivent être fort anciennes, à en juger par cette particularité essentiellement archaïque, que l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* est passivement intransmissible aux héritiers ; mais il est impossible de préciser la date de leur introduction ; nous ne nous arrêterons pas aux conjectures plus ou moins ingénieuses qui ont été formulées à cette occasion[3].

1558. — **Fidéjusseurs :** L'introduction des fidéjusseurs se place entre la loi Cicereia de 581 de R. qui ne les connaît pas encore, et la loi Cornelia de 666 par laquelle ils sont visés. — Encore les dates des deux lois ne sont-elles pas admises comme certaines par tous les romanistes[4].

1 Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 16, 10.
2 V. Cuq, *Institutions*, p. 381.
3 Gaius, 3, 115 et s.
4 La date de 666 est donnée par M. Cuq, *Institutions*, p. 700. La loi Cornélia ne serait pas, en ce cas, de la dictature de Sulla qui se place en 672.

Digitized by Google

1559. — *Mandatum pecuniæ credendæ* : — **Pacte de constitut.** — *Receptum* : Le système des garanties personnelles du droit romain se complète par le *mandatum pecuniæ credendæ*, mandat donné par une personne à une autre de prêter de l'argent à un tiers aux risques et périls de la première; par le *constitutum debiti alieni* dont nous avons donné le mécanisme en traitant des pactes prétoriens (V. n. 1344); — enfin par le *receptum argentariorum*, de bonne heure en usage mais également d'origine prétorienne (quoique une opinion contraire ait été longtemps enseignée) (V. n. 1348).

1560. — **Loi Cornélia** : Une loi Cornélia (de la dictature de Sulla sans doute)[1] défendit à tout *adpromissor* de s'obliger pour le même débiteur, au profit du même créancier, dans le courant de la même année, pour plus de 20.000 sesterces. — Un *adpromissor* a-t-il dépassé ce chiffre, il n'est tenu qu'à concurrence de 20.000 sesterces[2] et le juge ne pourrait le condamner au delà du *modus* de la loi Cornélia sans faire le procès sien.

La loi Cornélia s'appliquait aux fidéjusseurs aussi bien qu'aux *sponsores* et *fidepromissores*.

1561. — **Comparaison des fidéjusseurs avec les *sponsores* et *fidepromissores*** : La *sponsio* et la *fidepromissio* étaient, à bien des titres, des garanties insuffisantes :

1° La *sponsio* et la *fidepromissio* ne pouvaient accéder qu'à une obligation verbale[3].

2° En vertu d'une loi Furia *de sponsu*, qui semble devoir être placée dans le premier quart

1 *Sic*, Girard. V. néanmoins, *suprà*, n. 1558, note 4.

2 S'agit-il de *sestertii* (le *sestertius* vaut 0,20) ou de *sestertia* (le *sestertium* vaut 200 fr.) ? Probablement de *sestertii*.

3 Gaius, 3, 119.

Digitized by Google

du VIe siècle, l'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor* s'éteignait *ipso jure* au bout de deux ans (*biennio liberantur*)[1].

3° L'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores*, comme nous l'avons déjà remarqué, ne passait pas à leurs héritiers[2].

4° Toujours d'après la loi Furia, lorsqu'il y a plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores*, la dette se divise entre les *sponsores* ou *fidepromissores* vivants — solvables ou insolvables — au moment de l'échéance. Les risques d'insolvabilité sont donc supportés par le créancier. Mais, comme la loi Furia n'est applicable qu'en Italie, les *sponsores* et *fidepromissores* des provinces sont tenus *in solidum*, et à perpétuité[3].

5° Une loi Apuleia, que Gaius nous donne positivement pour antérieure à la loi Furia, avait introduit entre les *fidepromissores* et *sponsores*, une sorte de société (*quamdam societatem introduxit*) à raison de laquelle l'*adpromissor* qui avait payé plus que sa part avait un recours contre les autres. La loi Furia n'avait ni reproduit ni rappelé cette disposition de la loi Apuleia, et l'on se demandait si, après la loi Furia, le recours établi par la loi Apuleia avait subsisté au profit des *adpromissores* d'Italie.

6° Une loi *Cicereia* avait obligé le créancier à déclarer, au moment même de l'adpromission, combien il entendait recevoir d'*adpromissores*. Si cette déclaration n'avait pas été faite, les *sponsores* et *fidepromissores* avaient le droit, dans les trente

1 Gaius, 3, 121.
2 Gaius, 3, 120.
3 Gaius, 3, 120, 121, 121 a, 122.

Digitized by Google

jours, d'intenter une action préjudicielle (*præjudicium legis Cicereiæ*), pour se faire déclarer libérés[1].

Les fidéjusseurs au contraire : 1° peuvent accéder à toute espèce d'obligations; 2° sont obligés *in perpetuum ;* 3° transmettent leur obligation à leurs héritiers.

4° Au cas de pluralité de fidéjusseurs, l'obligation ne se divise qu'entre les fidéjusseurs *solvables* (V. *infrà*, n. 1572).

Mais le bénéfice du recours de la loi Apuleia (V. 5°), et la *prædictio* de la loi Cicereia (V. 6°) avaient été étendus aux fidéjusseurs.

1562. — On comprend, dès à présent sans peine, le motif de la création de la *fidejussio*. D'un emploi plus général et plus facile que la *sponsio* et la *fidepromissio*, par sa perpétuité, sa transmissibilité passive, par la solidarité qu'elle établissait entre les cofidéjusseurs, elle protégeait, d'une manière beaucoup plus efficace, les intérêts du créancier.

SECTION II

Effets du cautionnement.

1563. — Nous distinguerons en cette matière l'hypothèse où il n'existe qu'une seule caution, et celle où plusieurs *adpromissores* se sont portés garants de l'obligation principale.

1564. — **Droit de poursuite du créancier :** Le créancier peut-il, à son gré, poursuivre soit le débiteur, soit la caution ?

1 Gaius, 3, 123.

Digitized by Google

On trouve dans la correspondance de Cicéron une lettre dans laquelle il est dit qu'il y a à poursuivre la caution avant le débiteur principal *quædam* δυσωπια, une certaine honte[1]; cela ne peut se faire, dit un texte attribué à Quintilien, *salvo pudore*[2]. D'après un fragment du Digeste, cette insolence expose le créancier à une action *injuriarum* du débiteur principal[3]. En somme, la poursuite intentée d'abord contre la caution disqualifie le créancier.

Mais alors, à quoi servira le cautionnement? car il est bien évident que la *litiscontestatio* opérée avec le débiteur principal, si l'on commence par lui, aura pour effet de libérer la caution.

Il arrivait au créancier, du temps de Cicéron, un accident qui n'est pas très rare : il avait pour lui la loi, contre lui les mœurs, les bienséances.

1564 *bis*. — Pour tourner la difficulté les Romains s'avisèrent de l'artifice suivant : le créancier au lieu de diriger son action contre l'*adpromissor*, se faisait donner par celui-ci mandat de poursuivre le débiteur principal. Si, en exerçant cette poursuite, il ne réussissait pas à se faire payer, il recourait contre l'*adpromissor* par l'action *mandati contraria*. Cet artifice devait tout naturellement conduire à l'invention du *mandatum pecuniæ credendæ* dont nous parlerons un peu plus loin (V. *infrà*, n° 1566).

1565. — *Fidejussio indemnitatis :* Dans le même but, on imagina la *fidejussio indemnitatis*. Au lieu de promettre au créancier *ce que lui devait le*

1 Cicéron, *Lettres*, 16, 15.
2 *Déclam.* (attribuée à Quintilien), 273.
3 Dig., *de inj.*, 19.

Digitized by Google

débiteur principal, la caution lui promettait *ce qu'il ne pourrait obtenir du débiteur principal*, elle s'engageait à le rendre indemne[1]. De sorte qu'avant de poursuivre la caution, le créancier était obligé d'épuiser les poursuites contre le débiteur principal (c'est ce que l'on appelle aujourd'hui *discuter* le débiteur principal, ce qui s'appelait en droit romain *excutere* — secouer — ce débiteur comme l'arbre dont on veut faire tomber les fruits). Rien n'empêchait, après une tentative infructueuse ou insuffisamment fructueuse contre le principal obligé, d'agir contre la caution. On ne demandait pas à celle-ci le même objet; elle n'avait pas promis ce que *devait* le débiteur principal, mais *ce qu'il ne paierait pas*. On n'avait donc pas à redouter l'application de la règle « *bis de eadem re ne sit actio* ».

1566. — *Mandatum pecuniæ credendæ :* Un moyen non moins ingénieux, et probablement plus récent, d'éviter l'effet extinctif de la *litiscontestatio* consiste à déguiser le cautionnement sous la forme d'un mandat (*mandatum pecuniæ credendæ*). Au lieu de cautionner Titius près de Mævius, je donne à Mævius mandat de prêter à Titius la somme dont ce dernier a besoin. Si Mævius n'est pas payé par l'emprunteur, il se retourne contre moi et me demandera, par une action *mandati contraria*, de le rendre indemne des déboursés qu'il a faits pour l'exécution de son mandat[2].

Cela aboutit en somme à un cautionnement, et l'identité de fond des deux opérations apparaît si bien sous les différences de forme qu'il est traité

1 Dig., *de verb. signif.*, 150 (Gaius); *de reb. cred.*, 42 pr. (Celsus); *de solut. et liber.* 21 (Paul).

2 Dig., *de fidej. et mand.*, 71, 2 (Paul); *Ibid.*, 13 (Julien).

Digitized by Google

dans un même titre du Digeste *de fidejussoribus et mandatoribus*.

Le *mandatum pecuniæ credendæ* présente, comme la *fidejussio indemnitatis*, l'avantage de permettre au créancier des poursuites successives contre le débiteur et la caution. L'action exercée contre le débiteur principal n'éteint pas le droit de poursuivre le *mandator pecuniæ credendæ*, puisque les deux poursuites n'ont pas *le même objet;* la première vise la restitution d'un *mutuum*, c'est une *condictio certæ pecuniæ*, la seconde est une action de bonne foi (*contraria mandati*) par laquelle, conformément au droit commun, un mandataire réclame les impenses que lui a coûtées l'exécution des ordres du mandant.

1567. — **Différence entre le** *MANDATUM PECUNIÆ CREDENDÆ* **et la** *FIDEJUSSIO* : Le *mandatum pecuniæ credendæ* diffère de la *fidejussio* : 1° par cet avantage qui vient d'être exposé, que le cautionnement donné sous cette forme ne s'éteint pas par la *litiscontestatio* opérée avec le débiteur principal; 2° en ce qu'il précède nécessairement l'obligation principale, tandis que la *fidejussio* peut être antérieure, concomitante ou postérieure à cette obligation (si elle est antérieure, elle est conditionnelle et ne devient valable que si l'obligation principale vient ensuite à se former); 3° en ce qu'il est un contrat synallagmatique et de bonne foi, tandis que la *fidejussio* est un contrat unilatéral et de droit strict; 4° en ce qui concerne la cession des actions (V. *infrà*, n. 1578, 1579).

1568. — 5° Enfin, dans le *mandatum pecuniæ credendæ*, si le mandataire renonce aux sûretés qu'il s'est fait donner par l'emprunteur, et qu'il poursuive le mandant en paiement (par l'action *mandati contraria*), le mandant lui opposera « qu'il a manqué à son devoir de mandataire en ne conservant pas les sûretés qui devaient lui être cédées, et que ce manque de bonne foi ou de prudence le dégage, lui mandant, de toute obligation »[1].

1 Dig., *Mandati vel contra*, 28 (Ulpien) ; *De solut. et liber.*, 95, 11 (Papinien).

Digitized by Google

La fidéjussion, au contraire, qui est un contrat unilatéral, ne crée aucune obligation à la charge du créancier; par conséquent, le fidéjusseur ne peut lui demander compte de ce qu'il a compromis son recours en se mettant dans l'impossibilité de lui céder ses actions[1].

1569. — 6° Enfin, les lois Cornélia et Cicereia, dont nous avons parlé plus haut (V. nos 1558, 1560), ne s'appliquent qu'à l'*adpromissio* et non au *mandatum pecuniæ credendæ*.

1570. — **Bénéfice de discussion :** En 539, Justinien introduisit un moyen plus simple et plus général de faire peser sur le débiteur principal le poids de la première poursuite ; il créa le *bénéfice de discussion*[2].

La *litiscontestatio* faite avec le débiteur principal cesse d'être libératoire au regard du fidéjusseur; mais celui-ci a le droit d'invoquer, s'il est poursuivi le premier, le bénéfice d'ordre ou de discussion (*beneficium ordinis vel excussionis*), exception au moyen de laquelle il fait renvoyer le créancier à se pourvoir d'abord contre le débiteur principal.

1570 *bis*. — Justinien affirme, dans sa constitution, qu'il ne fait que donner le caractère légal à une situation qui, dans la pratique, était habituellement consacrée par la convention des parties. La pratique signalée par Justinien n'a pu, dans tous les cas, prendre naissance qu'à une époque où l'on avait déjà cessé d'attribuer un effet extinctif à la *litiscontestatio*.

SECTION III

Pluralité d'*adpromissores* et bénéfice de division.

1571. — **Loi *Furia* :** En vertu de la loi Furia *de sponsu*, la division de la dette s'opérait de *plein*

1 Code *de fidéj.*, 25 (Dioclétien et Maximien).
2 Nov. 4, 1 (Justinien).

Digitized by Google

droit (elle n'avait donc pas besoin d'être demandée) entre tous les *sponsores* et *fidepromissores* vivants (solvables ou non) au moment de l'échéance, de sorte que chacun n'était obligé que pour sa part virile[1].

1572. — **Rescrit d'Hadrien :** Un rescrit d'Hadrien (*epistula D. Hadriani*) accorda le bénéfice de division aux fidéjusseurs, mais dans des conditions très différentes de celles qui avaient été établies par la loi Furia au profit des *sponsores* et *fidepromissores*.

1° La division ne s'opère pas entre tous les cofidéjusseurs *vivants*, mais seulement entre tous les cofidéjusseurs *solvables*. Ce qui entraîne cette conséquence que l'insolvabilité d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor* ne nuit qu'au créancier, tandis que l'insolvabilité d'un fidéjusseur est supportée par ses cofidéjusseurs sans que le créancier ait à en subir aucune atteinte.

2° La division n'a lieu qu'au jour de la poursuite et non au jour de l'échéance[2].

3° La division entre les cofidéjusseurs ne se produit pas de plein droit, mais elle est opposée par le fidéjusseur au créancier qui lui réclame le *solidum*, sous la forme d'une exception insérée dans la formule « *si non et illi solvendo sint* ». Le juge est invité à ne condamner le fidéjusseur poursuivi *in solidum* que « *si les cofidéjusseurs ne sont point solvables*[3] ».

1 Gaius, 3, 121.
2 Gaius, 3, 121.
3 Dig., *de fidej. et mand.*, 28 (Paul). M. Girard pense que la division pouvait aussi être provoquée par le refus du magistrat (*denegatio actionis*) de délivrer la formule pour le tout (Girard, *Manuel*, p. 731, n. 6).

Digitized by Google

1573. — Conformément à la règle qui veut que *le défendeur fasse la preuve de l'exception qu'il invoque*, il appartient au fidéjusseur poursuivi *in solidum* de prouver la solvabilité de ses cofidéjusseurs.

SECTION IV

Recours des *adpromissores* et bénéfice de cession d'actions.

1574. — **Recours des *adpromissores* :** L'*adpromissor* qui a payé la dette du débiteur principal a, — c'est de toute justice, — un recours contre celui-ci.

1575. — *Actio depensi :* Ce recours était organisé au profit des *sponsores* (et non au profit des *sponsores* et des *fidepromissores,* comme on l'enseigne souvent), par une loi Publilia (date inconnue). Le *sponsor* non remboursé dans les six mois avait contre le débiteur principal l'action *depensi*, qui s'exerçait par voie de *manus injectio pro judicato*[1].

1576. — **Recours des fidéjusseurs.** — Quant aux fidéjusseurs, ils exerçaient un recours au moyen de l'action *mandati contraria* quand ils avaient cautionné le débiteur sur sa demande, et par l'action *contraria negotiorum gestorum*, lorsqu'ils s'étaient portés cautions sans l'ordre ou plutôt la prière du débiteur principal[2].

Ressource bien insuffisante quand le débiteur est insolvable!

1 Gaius, 3, 127; L. 9, 171; Cuq, *Institutions*, p. 703.
2 Instit., *de fidej.*, 6; Dig., *mandati vel contra*, 20, 1 (Paul).

Digitized by Google

1577. — **Bénéfice de cession d'actions.** — Les *prudentes* imaginèrent, pour mieux sauvegarder les intérêts des fidéjusseurs, le bénéfice de « cession d'actions » (*exceptio cedendarum actionum*)[1].

Il est possible que la créance cautionnée soit garantie non pas seulement par la fidéjussion, mais aussi par un *privilegium inter personales actiones*, par un gage ou une hypothèque, — et plus souvent encore qu'elle soit munie d'une action de droit strict (*condictio certæ pecuniæ*, par exemple) plus rigoureuse que les actions *mandati* et *negotiorum gestorum* qui ne sont que des actions de bonne foi.

En pareil cas, il est tout naturel que le créancier qui, une fois payé par la caution, n'aura plus besoin de ces garanties, les cède au fidéjusseur qui le paie.

Cette cession, que réclame la plus vulgaire honnêteté, était d'abord facultative pour le créancier; les jurisconsultes la rendirent obligatoire : et, pour arriver à ce résultat, ils inventèrent l'*exceptio cedendarum actionum* (ou bénéfice de cession d'actions) par laquelle le fidéjusseur poursuivi repoussera la demande du créancier, si celui-ci ne consent pas à lui céder ses actions avec toutes les garanties qu'elles comportent[2].

1578. — A quel moment doit intervenir cette cession? Logiquement et dans la rigueur des principes juridiques, avant le paiement par le fidéjusseur, car, une fois ce paiement opéré, la créance s'éteint avec toutes ses garanties, et le créancier, — disons mieux, l'ex-créancier, — ne peut pas céder des actions qu'il n'a plus.

1 Dig., *de fidej. et mand.*, 17 (Julien).
2 Dig., *de evict.*, 65 (Papinien).

Digitized by Google

Mais les jurisconsultes ont considéré que, par l'effet de son acquittement par le fidéjusseur, *la créance était plutôt vendue qu'éteinte*, et ils ont admis, sous l'Empire, que la cession des actions pouvait intervenir non seulement avant, *mais même après le paiement par la caution*[1].

1579. — Il y a, du reste, une caution qui était restée toujours en dehors de cet embarras : c'est le *mandator pecuniæ credendæ*. Celui-ci, en payant le prêteur, n'acquitte point et par conséquent n'éteint point la dette de l'emprunteur; il se contente de rembourser à son mandataire les frais d'exécution du mandat : en conséquence, la créance du *prêteur-mandataire* contre l'emprunteur subsiste avec toutes ses garanties et peut être cédée au *mandant-caution* sans aucune difficulté.

1580. — **Résumé** : En résumé la caution, dans le dernier état du droit romain, jouit de trois bénéfices : le bénéfice de discussion, le bénéfice de cession d'actions, et, quand il y a pluralité d'*ad-promissores*, le bénéfice de division.

APPENDICE
AU CHAPITRE II DU LIVRE IV

De l'*intercessio*.

1581. — **Définition** : L'*intercessio* est le fait de s'engager ou d'engager ses biens pour un tiers, près d'un tiers, dans l'intérêt d'un tiers[2].

1582. — *Intercessio* **privative** : L'*intercessio* peut être privative ou cumulative : elle est pri-

1 Dig., *de fidej. et mand.*, 36 (Paul).
2 Molitor, *Oblig.*, t. II, n. 1113.

Digitized by Google

vative lorsque le tiers dans l'intérêt duquel l'on intervient est dégagé. Le type de l'*intercessio* privative est l'*expromissio* (V. *suprà*, n. 1413).

1583. — *Intercessio* **cumulative :** L'*intercessio* est dite cumulative lorsque l'obligation de l'intervenant se cumule avec celle du débiteur dans l'intérêt duquel se produit l'intervention. Sont en conséquence des faits d'*intercessio* cumulative : 1° toutes les variétés d'*adpromissio*, c'est-à-dire la *sponsio*, la *fidepromissio*, la *fidejussio;* 2° le *mandatum pecuniæ credendæ;* 4° le *constitutum debiti alieni;* 5° l'hypothèque donnée en garantie de la dette d'autrui.

1584. — **Intérêt de la constatation de l'*intercessio* :** Il y a le plus grand intérêt à reconnaître et à définir les faits d'*intercessio* parce que l'*intercessio* n'est pas permise à tout le monde; elle a toujours été défendue aux esclaves; elle fut, presque dès le commencement de l'Empire, défendue aux femmes. Une constitution d'Auguste commença par prohiber l'intercession des femmes en faveur de leurs maris. Cette prohibition fut renouvelée sous le régime de Claude par un édit, et généralisée, sous le même règne, par le sénatus-consulte Velléien (46 ap. J.-C.)[1].

1585. — **Le sénatus-consulte Velléien :** Ce S.-C. interdisait aux femmes d'*intercedere* non plus seulement en faveur de leurs maris, mais en faveur de toute personne. Le but primitif de ces lois paraît avoir été d'écarter les femmes des *offi-*

1 Dig., *ad Sen.-cons. Vell.*, 2 pr. (Ulpien).

Digitized by Google

cia virilia. Mais cette notion de l'incapacité d'intercéder se modifia avec le temps et les jurisconsultes postérieurs la firent reposer sur une idée de protection (*feminis subventum est*)[1].

1586. — La jurisprudence appliquait le sénatus-consulte Velléien non pas seulement aux *intercessiones* patentes, mais aux *intercessiones* déguisées, par exemple, au cas où une femme, au lieu de cautionner une personne près d'un tiers, empruntait au tiers pour prêter à cette personne.

1587. — Mais la femme n'est incapable que dans les limites de l'*intercessio*, c'est-à-dire de l'*engagement pour un tiers dans l'intérêt d'un tiers.* Elle n'est pas incapable d'*aliéner* son bien pour en donner l'argent à un tiers; car une aliénation n'est pas un *engagement.* Elle pourrait cautionner son *procurator*, car si elle s'engageait dans ce cas *pour un tiers*, ce ne serait pas *dans l'intérêt* de ce tiers, mais dans son propre intérêt[2].

1588. — **Sanction du sénatus-consulte Velléien :** Lorsque la femme s'est engagée au mépris du sénatus-consulte Velléien, l'action du créancier est paralysée par une exception perpétuelle : l'*exceptio Senatus-consulti Velleiani.* La femme qui a payé sans opposer l'exception peut exercer la *condictio indebiti*, car la prohibition du sénatus-consulte ne laisse pas même subsister une obligation naturelle (*totam obligationem Senatus improbat*). On voit que l'exception du S.-C. Velléien a une toute autre portée que celle du S.-C. Macédonien (V. *suprà*, n. 1066) puisque le *filius familias* emprunteur qui paie sans opposer l'*excep-*

1 Gide, *Etude sur la cond. privée de la femme*, p. 153 et s.; Dig., *hoc. tit.*, (Ulpien).
2 Dig., *ad Sen.-cons. Vell.*, 21 (Callistrate). — Paul, *Sent.*, 2, 11, 2.

Digitized by Google

tio S.-C^tu Macedoniani, tenu d'une obligation naturelle, ne peut répéter ce qu'il a payé[1].

1589. — **Action restitutoire et institutoire** : Lorsque la femme est intervenue par voie d'*expromissio*, son obligation est nulle : le prêteur fait alors revivre la créance qui eût été éteinte par l'*expromissio* si celle-ci eût été valable et *restitue* au créancier une action qui, pour cette raison, est dite *restitutoria*[2].

1590. — Mais supposons que l'intervention de la femme a eu pour conséquence non de décharger un débiteur d'une obligation préexistante, mais de dispenser une personne de s'obliger, comme lorsque la femme se porte, dès le principe et avant la naissance de la dette, seule débitrice à raison du prêt qui va être fait à un tiers, le prêteur, en même temps qu'il donne à la femme l'exception du sénatus-consulte Velléien, *institue* contre le tiers emprunteur une action utile à laquelle on donne le nom d'action *institutoria*[3].

1591. — **Réformes de Justinien**[4]. — Justinien admit la validité de la renonciation de la femme au bénéfice du S.-C. Velléien : 1° lorsqu'elle confirmait après un délai de deux ans son engagement primitif ; 2° lorsque son *intercessio* était rémunérée ; 3° lorsqu'elle renonçait au bénéfice du sénatus-consulte pour acquérir la tutelle de ses enfants ou descendants.

Mais tout cela ne s'applique point et l'*intercessio* de la femme reste rigoureusement et perpétuellement nulle, lorsque la femme intercède en faveur de son mari.

1592. — Toute *intercessio* doit être constatée dans un écrit public signé (ou plutôt scellé) de trois témoins.

1 Dig., *de cond. indeb.*, 40 pr. (Marcien).
2 Dig., *ad S.-C. Vell.*, 8, 7, 8, 9 (Ulpien).
3 *Ibid.*, L. 8, § 14 (Ulpien).
4 Code, *ad S.-C. Vell.*, 22-23 pr.; Novelle 134, 8 (Justinien).

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE (1)

LIVRE I

DE L'OBLIGATION EN GÉNÉRAL

TITRE I

Numéros.

**Les origines de l'obligation..... 901-910

TITRE II

**Les sources des obligations..... 911-915

LIVRE II

FORMATION DES OBLIGATIONS

TITRE I

Les délits.

CHAP. I. — Division des délits..... 916-926

CHAP. II. — Les délits civils.

Section I. — Le *furtum*..... 927-937

Section II. — La *rapina*..... 938-939

Section III. — Le *damnum injuria datum*..... 940-950

Section IV. — L'*injuria*..... 951-956

(1) Les notions marquées de deux astérisques sont celles qui pourraient faire l'objet d'une interrogation en première année.

Digitized by Google

Numéros.

CHAP. III. — Les délits prétoriens.
Section I. — Le dol..... 957-973
Section II. — La *metus*..... 974-977
Section III. — La *fraus creditorum*..... 978-995

CHAP. IV. — Le cumul des actions..... 996-1010

TITRE II

Les contrats.

**CHAP. I. — Notions générales sur les contrats; leurs divisions.
***Section I.* — La convention et le formalisme. 1011-1021
***Section II.* — Le *strictum jus* et la *bona fides*. 1022-1032
***Section III.* — L'obligation naturelle..... 1033-1037

**CHAP. II. — Éléments essentiels des contrats..... 1038
***Section I.* — De l'objet..... 1039-1048
***Section II.* — De la cause..... 1049-1055
***Section III.* — Du consentement..... 1056-1061
***Section IV.* — De la capacité..... 1062-1070

*CHAP. III. — Éléments accidentels des contrats.... 1071-1078

CHAP. IV. — Les diverses sortes de contrats.
Section I. — Contrats formels..... 1079
§ I. Le *nexum*..... 1080-1084
§ II. Les contrats verbaux..... 1085
A. La stipulation..... 1086-1098
B. Serment promissoire de l'affranchi... 1099-1101
C. *Dictio dotis*..... 1102-1103
D. Division des stipulations..... 1104-1120
§ III. Le contrat littéral..... 1121-1138
Section II. — Les contrats réels..... 1139
§ I. Du *mutuum*..... 1140-1160
§ II. De la fiducie..... 1161-1169
§ III. Du commodat..... 1170-1173
§ IV. Du dépôt..... 1174-1179
Appendice aux §§ III et IV..... 1179 *bis*
§ V. Du gage..... 1180-1184
Appendice au § 5. Les contrats pignoratifs et les sûretés réelles en général..... 1185-1198

Digitized by Google

Numéros.
Section III. — Les contrats consensuels..... 1199-1200
§ I. La vente.
A. Notions générales et historiques..... 1201-1214
B. Obligations du vendeur..... 1215-1218
C. Etude spéciale de la garantie d'éviction. 1219-1235
D. Etude spéciale de la garantie des vices cachés..... 1236-1242
E. Appendice : la garantie en dehors du contrat de vente..... 1243-1244
F. Obligations de l'acheteur..... 1245-1254
G. Pactes accessoires à la vente..... 1255-1261
§ II. Le louage..... 1262-1275
§ III. La société..... 1276-1295
§ IV. Le mandat..... 1296-1305
Appendice au § IV : Les actions *adjectitiæ qualitatis*. 1306-1316
Section IV. — Les contrats innommés..... 1317-1331
Section V. — Les pactes.
§ I. Notions générales..... 1332-1335
§ II. Pactes isolés..... 1336-1352
§ III. *Pacta adjecta*..... 1353-1359
CHAP. V. — *Variæ causarum figuræ*..... 1360
Section I. — Les quasi-contrats..... 1361
§ I. L'enrichissement sans cause et les *condictiones*..... 1362-1375
§ II. La gestion d'affaires..... 1376-1378
§ III. Autres obligations quasi-contractuelles. 1379-1382
Section II. — Les quasi-délits..... 1383

LIVRE III

EXTINCTION DES OBLIGATIONS

**CHAP. I. — Historique et division des modes d'extinction des obligations..... 1384-1390
***Section I.* — Modes volontaires..... 1391
**§ I. Paiement..... 1392-1396
**§ II. Novation..... 1397-1417
**§ III. Compensation..... 1418-1435
**§ IV. Conventions libératoires..... 1436

Digitized by Google

Numéros
A. (L'*acceptilatio*)..... 1437-1443
B. (Libération *per æs et libram*)..... 1444
C. (*Pactum de non petendo*)..... 1445-1446
D. (*Contrarius consensus*)..... 1447-1448
**E. (Terme et condition extinctifs)..... 1449-1451
Section II. — Modes non volontaires..... 1452
**§ I. Confusion..... 1453
**§ II. Perte de la chose due..... 1454-1456
A. Théorie des risques..... 1457-1459
B. Théorie de la demeure..... 1460-1472
C. Théorie des fautes..... 1473-1489
§ III. Mort du débiteur ou du créancier..... 1490-1494
§ IV. *Capitis deminutio*..... 1495-1497
**§ V. Prescription..... 1498-1506
Section III. — A. Modes d'extinction spéciaux aux obligations délictuelles. 1507-1509
B. Actions noxales 1510-1520
Appendice au chap. I du liv. III. Cession des créances. 1521-1526

LIVRE IV

PLURALITÉ DE CRÉANCIERS OU DE DÉBITEURS

NOTIONS PRÉLIMINAIRES..... 1527-1530
CHAP. I. Obligations corréales..... 1531-1552
CHAP. II. Le cautionnement.
Section I. — Histoire du cautionnement..... 1553-1562
Section II. — Effets du cautionnement..... 1563-1570
Section III. — Pluralité d'*adpromissores* et bénéfice de division..... 1571-1573
Section IV. — Recours des *adpromissores* et bénéfice de cession d'actions.... 1574-1580
Appendice au chap. II du liv. IV. De l'*intercessio*..... 1581-1592

Digitized by Google

TABLE ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

A

Abandon, 674.
Abandon noxal, 1510, 1516, 1518.
Abusus, 567.
Acceptilation, 1437-1443.
Accession, 666-672.
Accroissement, 894-898, 900.
Actions (en général), 456-566.
— *adjectitiæ qualitatis*, 1306-1316.
Actions arbitraires, 524.
— *certæ et incertæ*, 529-534.
Actions de bonne foi et de droit strict, 1022-1025.
Actions *in bonum et æquum conceptæ*, 1021-1025.
Actions pénales et reipersécutoires, 545.
Actions populaires, 921.
Action *ad exhibendum*, 626.
— *civilis in factum ad exemplum legis Aquiliæ*, 947.
Action *commodati directa et contraria*, 1173.
Action *communi dividundo*, 632-633, 1285.
Action *conducti*, 1264.
— confessoire, 727.
— *constitutæ pecuniæ*, 1346-1347 *bis*.
Action *depensi*, 1575.
Action *depositi directa et contraria*, 1176.
Action de dol, 961-967.
— *empti*, 1201, 1227-1232.
— *exercitoria*, 1309.
— *ex stipulatu*, 1096-1097.
— *familiæ erciscundæ*, 632-633
— *fiduciæ*, 1166.
— *finium regundorum*, 1380.
— *furti*, 932-934.
— *institoria*, 1310.
— *legis aquiliæ*, 941-944.
— — — *in factum*, 948.
Action *locati*, 1264.
— *mandati directa et contraria*, 1297.
Action négatoire, 728.
— *negotiorum gestorum directa et contraria*, 1377.
Action noxale, 1511-1520.
— paulienne, 981-992.
— *de peculio et de in rem verso*, 1312.
Action *pigneratitia directa et contraria*, 1183.
Action *præscriptis verbis*, 1322-1325.
Action *pro socio*, 1284.
— publicienne, 620.
— *quanti minoris*, 1242.
— quasi-servienne, 744-745, 1185.

Digitized by Google

Action *quod jussu*, 1308.
— *quod metus causa*, 975.
— rédhibitoire, 1241.
— *rationibus distrahendis*, 384.
Action *rei uxoriæ*, 851-852 *bis* 1030.
Action restitutoire et institutoire, 1589-1590.
Action servienne, 743.
— tributoire, 1314.
— *tutelæ directa et contraria*, 386.
Action *venditi*, 1201, 1252.
Adition d'hérédité, 804.
Adjectus solutionis gratia, 1537.
Adjudicatio, 632-633.
Administration du tuteur, 367-375.
Administration du curateur du fou, 403.
Adoption (en général), 292.
— entre vifs, 295-298.
— testamentaire, 305.
— sous Justinien, 323.
Adrogation (en général), 300-314.
Adrogation *calatis comitiis*, 301-302.
Adrogation par rescrit du prince, 303.
Adsertor libertatis, 143.
Adstipulatio, 942-943, 1536, 1538, 1541 *bis*.
Affectus rem sibi habendi, 571.
Affinitas, 266.
Affranchis, 140.
— (diverses classes d'), 158-162.
Affranchissement (modes d'), 141-147.
Agnation, 209.
Anatocisme, 1158.
Animus novandi, 1410-1411.
— *possidendi*, 571.
Antichrèse, 1184.
Aquilius Gallus, 958, 1440.
Argentarii, 1348, 1822.
Arrhes, 1209-1210.
As, 752, 1154.
Auctoritas du Sénat, 43.
— du tuteur, 367.
— du vendeur, 1221 1223.

B

Basiliques, 101.
Bénéfice de cession d'actions, 1577-1579.
Bénéfice de compétence, 852-853, 1284.
Bénéfice de discussion, 1565-1570 *bis*.
Bénéfice de division (loi *Furia*), 1571.
Bénéfice (d'Hadrien), 1572-1573.
— d'inventaire, 807-808.
Biens adventices (V. *Pécules*).
Bona, 173.
Bonne foi, 646, 652-653, 617-619, 983, 1022-1026.
Bonorum distractio, 563.
— *emptor*, 561, 1423-1424.
— *possessiones*, 794-795.
— *separatio*, 801, 811-812.
— *venditio*, 562.

C

Caducaires (lois), 755, 899.
Canon, 737.
Capacité en général, 355, 1062-1064.
Capacité du fils de famille, 1065-1067.
Capacité de la *filia familias*, 1068-1070.
Capitis deminutiones en général, 342-343.
Capitis deminutio maxima, 125, 130, 344.
Capitis deminutio media, 188, 345.
Capitis deminutio minima, 346.
Captivité, 119, 124.
Caput, 341.

Digitized by Google

Caracalla, (Const. de 212 ap. J.-C.), 182.
Cas fortuit, 1454-1455.
Causa civilis, 1053-1055.
Causa naturalis, 1051-1052.
Cautio en général, 67.
— *damni infecti*, 1109.
— *de dolo*, 1116.
— *judicatum solvi*, 612-613.
— *legatorum*, 1008.
— *muciana. Ibid.* à la note.
— *de non amplius turbando*, 730.
Cautio de persequendo servo, 1117.
— *de rato*, 534, 1110.
— *rei uxoriæ*, 850.
— *rem pupilli salvam fore*, 387, 1107.
Cautio usufructuaria, 722.
Cens, 17.
Centumvirs, 478-480.
Cession des créances, 1521-1526.
Chirographum, 1127, 1129.
Choses (V. *Res*).
Cinquante décisions, 99.
Cité (droit de), 176 et s., 184-186.
Clause pénale, 1048.
Clausula arbitraria, 524.
Clients, 8-9.
Codes Grégorien et Hermogénien, 88.
Code Théodosien, 88.
— Justinien, 94.
Codex, 1121.
Codicilles, 861-864.
Coemptio, 245, 249-252.
Cognation, 210-211.
Cognitio extrà ordinem, 565.
Cognitor, 553.
Cognomen, 214.
Collatio bonorum, 996.
Colonat, 137-139.
Commercium, 185, 200.
Comices centuriates, 18.
— curiates, 12.
— tributes, 32-33.
Commissoire (pacte), 1189.
Commissoria (*lex*), 1252-1254.
Commodat, 1170-1173.
Compensation, 1418-1435.
Composition, 903.
Comptes de tutelle, 383.
— de curatelle, 422.
Concession à précaire, 1250, 1328.
Concubinat, 237, 324, 328.
Condemnatio, 506, 529.
Condictio (en général), 1095.
— *causa data causa non secuta*, 1320, 1326.
Condictio, *certæ pecuniæ*, 1095.
— *certæ rei*, 1094-1095.
— *ex lege*, 1375.
— *ex mutuo*, 1141, 1149.
— *furtiva*, 935-937.
— *generalis*, 1371-1374.
— *incerti*, 1098.
— *indebiti*, 1364.
— *ob turpem vel injustam causam*, 1368.
Condictio sine causa, 1369.
— *triticaria*, 1094.
Condition (en général), 1074.
— extinctive, 1449.
— suspensive, 1074-1078.
Conductor, 1265-1266.
Confarreatio, 244.
Confessio in jure, 556, et la note.
Confusion, 701, 1453.
— de limites, 1380.
Connubium, 260-268.
Consensus curatoris, 418-419.
Consentement, 1056-1061.
Consolidation, 721.
Constitut (V. pacte de).
— possessoire, 1250.
Constitutions impériales, 74-76.
Continuation de la possession, 654.
Contravindicatio, 604.
Contrarius actus, 1384.
Contrarius consensus, 1487-1488.
Contrats (notions générales), 1011-1021.
Contrats consensuels, 1013, 1199 et s.

Digitized by Google

Contrats de droit strict et de bonne foi, 1022-1031.
Contrats formels, 1012, 1079 et s.
Contrats innommés, 1317 et s.
— *litteris*, 1121 et s.
— pignoratifs, 1185-1198.
— réels, 1014, 1139 et s.
— verbaux, 1016, 1085 et s.
Contubernium, 261.
Contumelia (V. *Injuria*).
Convention (en général), 1011.
— de non-garantie, 1235.
Conventions libératoires, 1436-1451.
Corpus en matière de possession, 577.
Corpus en matière de société, 1289.
Corpus juris civilis, 93.
Correi credendi, 1534-1543.
— *debendi*, 1544-1552.
Crédit, 904.
Crétion, 805-806.
Crimen suspecti tutoris, 385.
— — *curatoris*, 423.
Culpa (V. Faute).
Cumul des actions, 996-1010.
Curatelle des fous, 400-403.
— des mineurs de 25 ans 408-423.
Curatelle des prodigues, 404-407.
Curator bonorum, 992-993.
Curie, 12.
Custodia, 1488.

D

Damnatio, 950.
Damni eventus, 984.
Damnum infectum, 1109.
— *injuria datum*, 940 et s.
Datio, 440, 843.
— *in solutum*, 1393-1394.
Decemviri legibus scribendis, 36-37.
Decreta, 76.
Deditices (affranchis), 157, 159.
Deductio (du *bonorum emptor*), 1423-1424.
Deductio ususfructus vel servitutis, 692, 707.
Defraudator, 982, 986.
Délégation, 1413-1415.
Délits en général, 916.
— civils et prétoriens, 923-926.
Délits privés, 919-922.
— publics, 918-919.
Délivrance, 1215-1216.
Démembrements prétoriens de la propriété, 735-746.
Demeure, 1460-1472.
Demonstratio, 506.
Denegatio actionis, 557, 1110, 1572 à la note.
Denuntiatio, 1526.
Dépôt, 1174 et s.
— irrégulier, 1178.
— nécessaire, 1177.
Derelictio (V. Abandon).
Détention, 574.
Dictature, 23.
Dictio dotis, 843, 1102-1103.
Dies cedit, 882-887.
Dies venit, 888-889.
Diffarreatio, 282.
Digeste, 95.
Diligentia, 1483.
Displicentiæ (*pactum*), 1260.
Dissolution des sociétés, 1291-1295.
Diuturnus usus, 697-698.
Divisions des contrats, 1015-1021.
Divorce, 282-284.
Dol, 957 et s.
Dominium ex jure quiritium, 597-598.
Dominium bonitarium, 599-601.
Donations à cause de mort, 855-860.
Donations entre époux, 838-840.
— entre vifs, 826-837.
— *propter nuptias*, 854
— *sub modo*, 837.

Digitized by Google

Dot adventice, 842.
— profectice, 842.
— réceptice, 842.
Droit civil, 185-186.
— des gens, 193.
— personnel, 434.
— réel, 432-433, 436-437.
— de rétention, 1248.
Duplique, 512.
Durée des actions, 535-538 *bis*.
Duumvirs, 204.
Dyarchie, 68.

E

Echange, 1329-1330.
Ecoles de jurisconsultes, 79-82.
Ecritures substantielles et probatoires, 1122.
Edit des magistrats, 47-49, 64.
— perpétuel, 83.
Effets de la compensation, 1426, 1428-1430.
Effets de la corréalité active, 1542.
Effets de la corréalité passive, 1544-1550.
Effets de la vente, 1211.
Eléments des contrats, 1038 et s.
Emancipation ancienne, 331-332.
— anastasienne, 333.
— justinienne, 334.
Emphytéose, 737-738.
Emptio venditio, 1201.
Emptorem (loi), 1271.
Enrichissement sans cause, 1362.
Espitola D. Hadriani, 1574.
Erreur, 1058-1059.
Erroris causæ probatio, 167.
Esclaves, 107 et s.
Etendue des pouvoirs du mandataire, 1301.
Eviction, 1219-1235.
Exceptions (en général), 510-511.
Exceptio doli, 971.
— *jurisjurandi*, 1342.
— *justi dominii*, 622.
Exceptio legis Cinciæ, 331.
— *legis Plætoriæ*, 409, note 3.
Exceptio longæ possessionis, 644, à la note.
Exceptio metus, 976.
— *non numeratæ pecuniæ*, 1131-1133.
Exceptio pacti conventi, 1333.
— *rei in judicium deductæ*, 526.
Exceptio rei venditæ et traditæ, 623
— *S. C. Macedoniani*, 1067.
— *S. C. Velleiani*, 1588.
Excuses et décharges de la tutelle, 391.
Exécution des jugements, 558-563.
Exercitor navis, 1309.
Exhérédation, 785-788.
Existimatio, 351-354.
Expensilation, 1124.
Expromission, 1413-1414, 1582.
Extinction du louage, 1275.
— des obligations, 1384 et s.
Extinction des servitudes, 701-704.
Extinction de l'usufruit, 721.

F

Facere, 440.
Factio testamenti, 769-777.
Familia, 783.
Familiæ emptor, 763.
Famille romaine, 206-209.
Fardeau de la preuve, 587, 729.
Farreum, 244.
Fastes (jours), 482.
Faute (théorie de la), 1473 et s.
— aquilienne, 1489.
— dans les contrats de bonne foi, 1478-1485.
Faute dans les contrats de droit strict, 1486-1488.
Fœnus, 1153.
Festuca, (ou *vindicta*), 143, 631.

Digitized by Google

Fidéicommis, 813-817 *bis*, 876-877.
Fidejussio, 1558-1562.
— *indemnitatis*, 1565.
Fidepromissio, 1557.
Fiducie, 1161 et s.
— *cum amico*, 1162.
— *cum creditore*, 739-746.
Fiduciaire, 813.
Filia familias, 1068-1070.
Filius familias, 221-226, 1065-1066.
Fin du mandat, 1300.
Fisc, 755.
Flamine diale, 244, 282, 335.
Fonds dotal, 846-848.
— italiques, 205, 429, 597.
— provinciaux, 598, 624, 642.
Formalisme, 444-447 *bis*, 1012.
Formes de la novation, 1408.
— de la stipulation, 1090-1092.
Formulaire de Bétique, 1164.
Formule en général, 503-504.
— arbitraire, 524.
— pétitoire, 610.
— rutilienne, 1523 à la note.
Fragment de Vienne, 596 à la note, 612.
Fraus creditorum, 978 et s.
Fruits (acquisition des), 617-619, 713.
Fruits (division des), 710-712.
Furiosus, 400, 403.
Furtum (en général), 927 et s.
— (Variétés du), 932-934.

G

Gage (V. *Pignus*).
Gaïus, 81.
Garanties du pupille, 387-390.
— de la restitution de la dot, 853.
Genucia (loi), 1155.
Genus, 1204, 1457.

H

Habitation, 724-725.
Hasta, 479.
Hérédité, 747-748.
Héritier externe, 803.
— nécessaire, 800-801.
— sien, 802.
Honorum (*Jus*), 161, 186.
Honorarium, 1299.
Hostis, 191.
Hypothèque, 739-746, 1185-1193.

I

Impetratio dominii.
Impubères.
In bonis.
Incapables de droit, 1063.
— de fait, 355, 1065 et s.
Incensus, 128.
Indebitum, 1364-1365.
Indivisibilité des servitudes, 690.
Indivisibles (obligations), 1530.
Indivision, 1379.
Infans, 369.
Infantiæ proximus, 369.
Infamie, 352.
Infitiatio, 950.
Ingénus, 109.
In jure cessio, 631.
Injuria, 951 et s.
— *atrox*, *non atrox*, 95
In jus vocatio, 550.
Innommés (contrats), 1317
Insinuation, 834-835.
Institor, 1310.
Institutes de Gaïus, 81.
— de Justinien, 98.
Institution d'héritier, 749-752.
Institutoire (action), 1589.
Instrumentum, 238.
Intentio, 506, 508, 509, 530-534.
Intercessio, 1581-1592.
Interdits (en général), 548.
Interdit *de precario*, 595.
— *de superficie*, 736.
— fraudatoire. 980, 992.
— *quem fundum*, 612.

Digitized by Google

Interdit *quorum bonorum*, 822.
— salvien, 742-743.
— *unde vi*, 594.
— *uti possidetis*, 592.
— *utrubi*, 592.
Intérêts conventionnels, 1254-1260 *bis*.
Intérêts moratoires, 1468-1469.
Interrogatio in jure, 556-729.
Invecta et illata, 742.
Iter, 684.
Jus postliminii, 121-122.
— *publice respondendi*, 77.
— *utendi*, 706.
Jusjurandum in litem, 524.
— *necessarium*, 1339-1340.
Jusjurandum voluntarium, 1341.
Justa causa, 636-638, 1248 1253.
Justæ nuptiæ, 235 et s.
Juste titre, 651.

J

Judex datus, 565 et la note 1.
— *unus*, 474, 540.
Judicati actio, 560.
Judicia bonæ fidei, 534, 1024.
— *extraordinaria*, 564-566.
— *imperio continentia*, 541.
— *legitima*, 540.
— *privata*, 920.
— *publica*, 919, 921.
— *stricti juris*, 1024-1025.
Jurata promissio liberti, 1099, 1101.
Jus (œuvres de droit).
— *Ælianum*, 66.
— *Flavianum*, 482.
Jus (procédure devant le magistrat), 462.
Jus abstinendi, 802.
— *abutendi*, 567.
— *adcrescendi*, 753-754, 894, 898, 900.
Jus caduca vindicandi, 755, 899.
— *civile*, 184.
— *distrahendi*, 1188.
— *fruendi*, 706, 710.
— *gentium*, 107, 120, 193.
— *honorarium*, 50.
— *honorum*, 186, 193.
— *italicum*, 205.
— *liberorum*, 396.
— *naturale*, 107.
— *offerendæ pecuniæ*, 1192, 1193.
Jus possidendi, 1186.

L

Latini (en général), 195.
— *coloniarii*, 199.
— *juniani*, 160.
— *veteres*, 198.
Legis actiones, 481 et s.
— *actio sacramenti*, 485, 604-607.
Légitimation, 324-329.
Légitime, 790.
Legitimi, 794.
Legs en général, 865 et s.
— (diverses sortes de), 868-872.
— partiaire, 866-867.
Lésion, 376, 1205.
Lex bonorum vendendorum (cahier des charges), 561.
— *commissoria*, 1252-1254.
Libellus, 566.
— *repudii*, 288.
Libération *per æs et libram*, 1385, 1444.
Liberté, 107.
— de tester, 783-790.
Libertus, 140.
— *orcinus*, 145.
Libripens, 629.
Litiscontestatio, 525-528, 1416, 1417, 1548-1549.
Locatio conductio, 1262 et s.
— — *operarum*, 1272.
— — *operis faciendi*, 1273.
Locatio conductio rei, 1270.

Digitized by Google

Locator, 1265-1266.
Loi, 59-62.
— *Æbutia*, 501, 556.
— *Ælia Sentia*, 153-157.
— *Apuleia*, 1561.
— *Aquilia*, 940 et s.
— *Atilia*, 364-365.
— *Atinia*, 656.
— *Calpurnia*, 1093.
— *Canuleia*, 41.
— *Cicereia*, 1558.
— *Cincia*, 829-833.
— *Coloniæ genetivæ juliæ*, 495 à la note.
Loi *Cornelia* (*de falsis*), 123.
— — (*de injuriis*), 954.
— — (sur le cautionnement), 1560.
— *Falcidia*, 879.
— *Fufia Caninia*, 150-152.
— *Furia* (*de sponsu*), 1571.
— *Furia testamentaria*, 819.
— *Julia* (*de fundo dotali*), 847.
— — *de maritandis ordinibus*, 259.
— *Julia et Papia Poppea*, 755, 899.
— *Julia et Titia*, 364-365.
— *Junia Norbana*, 148-149.
— *Marcia* (*de fœneratoribus*), 1156.
Loi *Minicia*, 178.
— *Plætoria*, 409 et la note 3.
— *Pætelia Papiria*, 1084-1084 *bis*.
Loi *Publilia*, 1575.
— *Rubria*, 556 à la note 562 à la note.
Loi *Silia*, 1093.
— *Vallia*, 496.
— *Voconia*, 879.
Loi des citations, 89.
— des XII Tables, 34-38.
Lois agraires, 56.
— caducaires, 755, 899.
— judiciaires, 57, 477.
Louage (V. *Locatio conductio*).

M

Magister bonorum, 992.
— *navis*, 1339.
Magistrats, 463, 470.
Mancipation, 629-630.
— fiduciaire de Pompéi, 1165.
Mancipium, 136.
Mandatum pecuniæ credendæ, 1566-1569.
Mandatum principis, 76.
Manumissio (V. Affranchissement).
Manus, 235-248.
Manus injectio, 488-489.
— — *judicati*, 490.
— — *projudicato*, 491.
— — *pura*, 492.
Mater familias, 253.
Mente captus, 401.
Merces, 1262, 1265.
Metus, 974.
Mineur de 25 ans, 408 et s.
Minus petitio, 515.
Missio in possessionem, 550 à la note, 983, 1208, 1209.
Modalités, 1071.
Modes d'acquisition de la propriété, 627-672.
Mora creditoris, 1472.
— *debitoris*, 1460-1471.
Mort (extinction des obligations par la), 1490-1494.
Mortis causa capiones, 825.
Multa, 1352.
Municipes, 204.
Mutuæ petitiones, 1420.
Mutuum, 1140 et s.

N

Nautæ, 1348.
Nauticum fœnus, 1157, 1160 *bis*.
Négatoire (action), 728.
Negotia nova, 500.
Negotiorum gestio, 1376-1378.

Digitized by Google

Nemo potest alteri stipulari, 1044-1046.
Nexum, 1080.
Nomen gentilitium, 214.
Nomina arcaria, 1123.
— *transcriptitia*, 1124-1125.
Non-représentation, 1302, 1303.
Non usus, 702, 721.
Novation *inter easdem personas*, 1403-1407.
Novation *inter novas personas*, 1399-1402.
Novation nécessaire, 1416-1417.
Novelles, 100.
Noxalis actio caput sequitur, 1514.
Nudum pactum, 1332-1333.
Nuncius, 1206.
Nuncupatio (testament), 765.
Nuncupatif, 763, 1083.

O

Objet (des contrats), 1039-1042.
Oblation à la curie, 328-329.
Obligations (en général) 94 et s.
— de l'acheteur, 1245 et s.
Obligations des associés, 1283.
— contractuelles, 904-910.
Obligations délictuelles, 903.
— fiduciaires, 905-908.
— indivisibles, 1530.
— du *locator* et du *conductor*, 1269, 1272, 1273.
Obligations du mandataire et du mandant, 1297.
Obligations naturelles, 1033-1037.
— du nu-propriétaire, 720.
Obligations du propriétaire du fonds servant, 688.
Obligations solidaires, 1531 et s.
Obligations du vendeur, 1215 et s.
Obsignatio, 1471 .
Occupation, 665.
Officia virilia, 1585.
Officium pietatis, 789.
— *judicis*, 522 et s.
Offres de paiement, 1471-1472.
Operæ, 172.
Optio tutoris, 394.
Oratio Antonini, 840.
— *principis*, 73.
Orbus, 755.
Ordo judiciorum, 459-462.
Origines de la stipulation, 1086-1087.
Ouverture des successions, 791.

P

Pacta adjecta, 1353-1359.
— *nuda*, 1332-1335.
— *vestita*, 1336-1352.
Pacte en général, 1332 et s.
— commissoire, 1189.
— de constitut, 1344-1347 *bis*.
Pacte d'hypothèque, 742-746.
— *de non petendo*, 1445-1446.
— *de retrovendendo*, 1261.
— de serment, 1341-1343.
Pandectes, 95.
Paraphernaux, 841.
Parallèle entre le louage et l'usufruit, 1271.
Parallèle entre les obligations délictuelles et contractuelles, 915.
Paterfamilias, 219.
Patron, 145, 162 à la note, 170.
Pécule (en général), 115, 227, 232.
Pécule adventice, 230.
— *castrens*, 228.
— profectice, 231.
— *quasi castrens*, 229.
Pecunia, 783.
Pecus, 941.
Pénalités du *furtum*, 929-930.

Digitized by Google

Pénalités de *l'injuria*, 952-954 *bis*.
Pérégrins, 191-193.
Péremption, 539-542.
Permutatio (V. Échange).
Persecutio, 1441 à la note.
Personnalité des sociétés, 1289.
Personnes en général, 102.
— morales, 103.
— physiques, 103.
— *alieni juris*, 219, 299.
— *sui juris*, 299, 357.
Perte de la chose due, 1454 et s.
Pétition d'hérédité, 819-821.
Pignoris capio, 497.
Pignus, 1180-1183.
— *judiciale*, 1197.
Plèbe, 16.
Plébiscite, 31, 42, 43.
Pluralité de créanciers et de débiteurs, 1527 et s.
Pœna, 917.
Populi fundi, 194.
Possession, 571 et s.
Postliminium, 121-122.
Postumes, 786-787.
Pouvoirs du juge, 522-534.
Prædes, 1553.
— *litis ac vindiciarum*, 605.
Prædes sacramenti, 605.
Prædia rustica vel suburbana, 375, 421.
Præfectus, 204.
— *urbi*, 366, 469.
Præmia patrum, 755.
Prænomen, 214.
Præscriptio ex parte actoris, 515.
Præscriptio ex parte rei, 516.
— *longi temporis*, 642-643.
Præscriptio longissimi temporis, 662.
Præses, 478.
Precarium, 595, 1250, 1328.
Prestation, 440.
Préteur fidéicommissaire, 814.
— pérégrin, 466.
— des tutelles, 365, 467.
— urbain, 46.
Prescription libératoire, 538.
Prêt à intérêt (V. *Fœnus*).
Pretium, 1205.
Prior tempore potior jure, 1191.
Privilegium inter personales actiones, 389, 853.
Procédure des actions de la loi, 481-501.
Procédure extraordinaire, 564-566.
Procédure formulaire, 503 et s.
Procédure *per sponsionem*, 609.
Procurator, 554.
— *in rem suam*, 1522-1524.
Prodigue, 404-407.
Promesse pour autrui, 1047.
Promissio, 1090.
— *dotis*, 843.
Pronunciatio, 524.
Propriété, 567.
— quiritaire, 597.
— prétorienne, 601.
Protection possessoire, 585-596.
Puberté, 257.
Publicains, 1281, 1289, 1292.
Purgari dolo malo, 1215-1216.
Purge de la demeure, 1471.

Q

Quæstiones perpetuæ, 54-55.
Quanti minoris (action), 1242.
Quarte Antonine, 311.
— Falcidie, 879-880.
— légitime, 790.
— pégasienne, 827.
— trébellienne, 818.
Quasi contrats, 913, 1361 et s.
Quasi-délits, 913, 1383.
Quasi institutoriæ (*actiones*), 1304.
Quasi-possession (des servitudes), 697.

Digitized by Google

Quasi-tradition, 700.
Quasi-usufruit, 722.
Querela non numeratæ pecuniæ, 1134-1135.
Querela inofficiosi testamenti, 789.
Quiritaire (V. *Propriété*).
Quirites, 184.
Quittances de Pompéi, 1387.
Quod jussu (action), 1308.

R

Rapina, 938-939.
Rationibus distrahendis (action), 384.
Recepta, 1348.
Récupérateurs, 475, 476 et la note.
Redempti, 135.
Règle catonienne, 890.
Revendication, 604-611.
Répliques, 512.
Représentation, 551-554, 1302, 1304.
Répudiation (de succession), 782, 804.
Repudium, 285-288.
Res (en général), 424.
— *extra patrimonium et in patrimonio*, 425, 428.
Res furtivæ, 656, 1214.
— *humani et divini juris*, 426, 427.
Res incorporales et corporales, 430.
Res mancipi et nec mancipi, 429.
— *nullius*, 425.
Rescrits, 76.
Responsa prudentum, 65, 77.
Restitutio in integrum, 314.
Restitution de la dot, 849-852 *bis*.
Révocation des donations, 836-837.
Risques (théorie des), 1457-1459.
Rubria (*lex*), 556, 562.
Rutilienne (formule), 1523 à la note.

S

Sacra privata, 252, 293, 300.
Sacramentum, 485, 604.
Salaxium, 1299.
Saltus æstivi hibernique, 582.
Salvius Julianus, 83.
Satisdatio, 1120.
Satisfactio, 614.
Sceau, 766, 1127.
Sénat, 11.
Sénatus-consultes, 71.
Sénatus-consulte Claudien, 126.
— — Hosidien, 672, à la note.
Sénatus-consulte Juventien, 821,
— Macédonien, 1066-1067.
Sénatus-consulte Néronien, 874.
— — Orphitien, 798.
— — Pégasien, 817.
— — Tertullien, 798.
— — Trebellien, 816.
— — Velléien, 1585-1588.
Sénatus-consulte Volusien, 672 à la note.
Séparation (bénéfice de), 801.
— des patrimoines, 811, 812.
Serment (V. *Jusjurandum*).
Servitude, 107.
Servitudes personnelles, 705.
— prédiales, 676 et s.
— rustiques, 678-679.
— urbaines, 678-679.
Société (en général), 1276.
— *alicujus negotiationis*, 1281.
Société *omnium bonorum*, 1279.
— *quæstuaria*, 1280.
— *vectigalis*, 1281, 1292.
Société léonine, 1282.
Solarium, 735.
Solidarité, 1531 et s.
Solutio (V. Paiement).
Sources des obligations, 911-914
— — naturelles, 1037.

Digitized by Google

Sponsor, 1557.
Spurii, 324.
Stabularii, 1348.
Status, 105.
Stipendium, 598.
Stipulation (en général), 1086 et s.
— aquilienne, 1440.
— conventionnelle, 1205.
Stipulation *duplæ*, 1238.
— *emptæ et venditæ hereditatis*, 815.
Stipulation judiciaire, 1115.
— *partis et pro parte*, 815.
Stipulation pénale, 548, 1048.
— pour autrui, 1044-1046.
Stipulation préjudicielle, 609.
— prétorienne, 1106-1114.
Stipulation *rem habere licere*, 1226.
Strictum jus et *bona fides*, 1022 et s.
Subrogation, 1192, 1577.
Subscriptio, 767.
Substitution exemplaire, 759.
— fidéicommissaire, 760.
— pupillaire, 758.
— quasi-pupillaire, 758.
— vulgaire, 757.
Successions, 747 et s.
Superficie, 735-736.
Superscriptio, 766.
Sûretés réelles, 1185-1198.
Suspension de la prescription, 1504.
Syngrapha, 1128-1129.

T

Table d'Osuna (V. *Formulaire de Bétique*).
Tabularius, 312.
Tacite reconduction, 1275.
Talion, 903.
Terme extinctif, 1449-1450.
— suspensif, 1272-1273 *bis*.
Testament (formes du).
— *calatis comitiis*, 761.
— *in procinctu*, 764.
— nuncupatif, 765.
— *per æs et libram*, 762.
— prétorien, 766.
— tripartite, 767.
— (causes d'inefficacité du), 778-782.
Testamenti factio, 769-777.
Titre putatif, 651, et la note 4.
Tradens, 1140, 1148-1150.
Tradition, 635-639, 1211, 1248, 1253-1254.
Trajectitia pecunia (V. *Nauticum fœnus*).
Transaction, 1328.
Transcriptio a persona in personam, 1125.
Transcriptio a re in personam, 1125.
Transmissibilité des obligations, 1490.
Tribunat, 28-31.
Tributoire (action), 1314.
Tributum, 598.
Tripertita, 66.
Triptyques de Transylvanie, 1277.
Turbatio sanguinis, 289.
Tutelle (en général), 356 et s.
— déférée par le magistrat, 363-366.
Tutelle fiduciaire, 361.
Tutelle légitime, 360.
— testamentaire, 359.
Tutelle des femmes, 393-397.
Tutor cessicius, 397.
— *optivus*, 394.

U

Uncia, 772, 1154.
Unde vi (interdit), 594.

Digitized by Google

Usage, 723.
— des honnêtes gens, 905.
Usucapio (en général), 640 et s.
— *libertatis*, 702.
— *lucrativa*, 657-660.
Usufruit, 706 et ss.
Usuræ, 1154-1160 *bis*.
Usureceptio fiduciæ, 659.
Usurpatio (en matière de *manus*), 247.
Uti possidetis (interdit), 592.
Utrubi (interdit), 592.
Uxor, 253.

V

Vades, 1555-1556.
Valeriæ (*leges*), 34.
Variæ causarum figuræ, 912-913, 1360 et ss.
Vectigal, 737.
Velléien (S.C.), 1585.
Venditio bonorum, 561-562.
Venia ætatis, 420-421.
Vente (en général), 1201 et s.
— au comptant, 1248.
— à crédit, 1249-1254.
— de la chose d'autrui, 1212-1213.
Verbis (obligations), 1085 et s.
Vestale, 335.
Via, 684.
Vicarius servus, 113.
Vices cachés, 1236-1242.
— du consentement, 1057-1061.
Vindex, 494-496.
Vindicatio (V. Revendication).
Vindiciæ, 605, note 2.
Vindicta, 143, 604, 631.
Violence, 974-977.
Vis ac potestas, 357.
Vocatio in jus, 550.
Voconia (loi), 774-879.
Vulgo concepti (V. *Spurii*).

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Notions élémentaires de droit administratif, à l'usage des étudiants en dr[illegible], par Fernand BERNARD, Docteur en droit, ancien magistrat, avocat à la Cour d'Ap[illegible] Paris, 1 vol. in-18, 1907..... 6 fr.

The First Year of Roman Law, by Fernand BERNARD, Docteur en droit, Prof[illegible]seur libre de droit, translated by Charles P. Sherman, D. C. L. Instructor in Roma[illegible] at Yale University ; of the Connecticut and Massachusetts Bars ; of the Bar of the s[illegible] Court of the United States, 1 vol. in-18..... 6 fr.

Notions élémentaires d'économie politique, à l'usage des étudi[illegible] par Fernand BERNARD, Docteur en droit, ancien magistrat, avocat à la Cour d'appel de Pa[illegible] 1 vol. in-18, 1905..... 5 fr.

Précis de droit civil, contenant dans une première partie l'exposé des princi[illegible] dans une deuxième les questions de détail et les controverses, par G. BAUDRY-LACANTIN[illegible] doyen et professeur de droit civil à la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux, 9[illegible] conforme au programme des Facultés de droit, 3 vol. in-8°, 1905-1907..... 37 fr.

Éléments de droit romain, à l'usage des étudiants des Facultés de droit, par G[illegible] MAY, professeur de droit romain à la Faculté de droit de l'Université de Paris. 9[illegible] contenant l'histoire du droit romain, les personnes, les droits réels, les obligations, les s[illegible]cessions, la procédure civile et les actions, 1 vol. in-8°, 1907..... 10 fr.

Principes de droit romain, exposés dans leur développement historique, à l'[illegible] des étudiants des Facultés de droit, par Georges BRY, professeur à l'Université d'Aix-Ma[illegible]seille, doyen de la Faculté de droit, 4e édition, revue et corrigée, 1 vol. in-18, 1907.. 6 fr.

Cours élémentaire d'histoire du droit français, à l'usage des étudiants [illegible] première année, par A. ESMEIN, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit [illegible] Paris, et à l'école libre des sciences politiques, directeur d'études à l'école pratiq[illegible] hautes études. Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques. 8[illegible] tion, accompagnée d'une table des matières analytique et détaillée, 1 vol. in-8°, 1[illegible] ..... 10 fr.

Droit privé et sources — Histoire du droit civil français, accom[illegible] de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques, par Paul VIOLLET, [illegible]bre de l'Institut, professeur d'histoire du droit civil et du droit canonique à l'école des [illegible] bibliothécaire de la Faculté de droit de Paris. — 3e édition du précis de l'histoire [illegible] français corrigée et augmentée, ouvrage honoré du grand prix Gobert de l'Acad[illegible] Inscriptions et Belles-Lettres, 1 vol. in-8°, 1905..... 12 [illegible]

Principes d'économie politique, par Charles GIDE, professeur d'économie [illegible] comparée à la Faculté de droit de Paris et à l'école nationale des ponts et chaussées. — [illegible] édition, corrigée et augmentée, 1 vol. in-16, 1906..... 6 fr.

Eléments de droit constitutionnel français et comparé, par A. E[illegible] membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris, professeur à l'école [illegible] sciences politiques, directeur d'études à l'école pratique des hautes études. — [illegible] revue et augmentée, accompagnée d'une table des matières alphabétique et détai[illegible] in-8°, 1906..... 1[illegible]

Résumé sur le Code civil, par M. H. BŒUF, docteur en droit, avocat à la C[illegible]pel, répétiteur de droit, 5e édition, mise au courant de la législation, conforme au [illegible] officiel. On trouve à la fin de chaque volume : des tableaux synoptiques servant [illegible]mento pour l'examen, 3 vol. in-18, 1908..... 18 [illegible]

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google